الكتاب الموسوعي في الشريعة والقانون

فلسفة المسؤولية القانونية في ضوء المقولات الأرسطية

الدكتور
مصطفى إبراهيم الزلمي
الأستاذ المتمرس في الشريعة والقانون

الطبعة الأولى ٢٠١٤

فلسفة المسؤولية القانونية
في ضوء
المقولات الأرسطية

تأليف

الدكتور مصطفى ابراهيم الزلمي

الاستاذ المتمرس في الشريعة والقانون

فلسفة المسؤولية القانونية
في ضوء المقولات الارسطية

تأليف : البروفيسور مصطفى ابراهيم الزلمي
الناشر: نشر احسان للنشر و التوزيع
الطبعة الأولى ٢٠١٤ - ١٤٣٥
مدير المشروع: ريدار رؤوف احمد
تصميم : جمعة صديق كاكه
المشرف على الطبع: ياسر يعقوبي

رقم الإيداع : ٢٠١١ -١٠٣٠
رقم الدولي (ISBN) للمجموعة:
978-600-349-022-2
رقم الدولي (ISBN) للكتاب:
978-600-349-006-2

﴿فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُوا۟ عَلَيْهِ

بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ ۚ وَٱتَّقُوا۟ ٱللَّهَ

وَٱعْلَمُوٓا۟ أَنَّ ٱللَّهَ مَعَ ٱلْمُتَّقِينَ﴾

سورة البقرة/١٩٤

(الحكمةُ ضالةُ المؤمنِ، فحيثُ وجدَها فهوأ حقُّ بها)

رواه أبوهريرة

الفهرس

الباب الثالث:

المقدمة

التعريف بالفلسفة:

فلسفة كل شيء علته الغائية التي من حيث تصورها مقدماً تُسمى غرضاً وباعثاً دافعاً، ومن حيث تأخرها في الوجود تُسمى غايةً، وهدفا، ونتيجةً، ومقصداً، ومصلحةً ونحوها.

وسمّاها القرآن رحمةً في قوله تعالى: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلاَّ رَحْمَةً لِلْعَالَمِينَ﴾[1] فحصر سبحانه وتعالى مهمّة الرسالة المحمدية في المصلحة البشرية، أي جلب المنفعة للإنسان (أو المنفعة المستجلبة) وفي درء المضرّة (أو للضرّة المستدرأة) مادية أم معنوية، دنيوية أم أخروية، فهي بالنسبة للإنسان تسمى المصلحة وبالنسبة للشارع تسمى مقصداً.

ومصالح الإنسان (أو مقاصد الشريعة) إما من ضروريات الحياة أو من حاجياتها أو كمالياتها.[2]

التعريف بالمسؤولية:

مسؤولية الإنسان تحمله لتبعات مخالفته لقاعدة قانونية أو أخلاقية، ففي الحالة الأولى تكون قانونيةً تستوجب جزاءً مثلاً بالعقاب أو التعويض. وفي الصورة الثانية تُسمى أدبيةً تستوجب إستهجان المجتمع ذلك المسلك المخالف للأخلاق، وتقسم المسؤولية القانونية إلى جزائيةٍ إذا تضمنت خطأً حدده قانون الجنايات مباشرةً، ومدنيةٍ إذا كانت مبنيةً على خطأٍ حدده القانون مطلقاً بصورة مباشرة أو غير مباشرة.

---

[1] الأنبياء/ ١٠٧

[2] لمزيد من التفصيل يراجع أصول الفقه في نسيجه الجديد للمؤلف، ١/١٨٤

طبيعة دراسة الموضوع:

دراسة هذا الموضوع طبيعتها تقتضي توزيعها من الناحية الشكلية على ثلاثة أبواب، يخصص الباب الأول للموضوعات التمهيدية، والباب الثاني لدراسة المسؤولية الجزائية من حيث تأثرها بالفعل والإنفعال الفلسفيين، كما يخصص الباب الثالث لدراسة المسؤولية المدنية من حيث التأثر بالفعل والإنفعال الفلسفيين.

الباب الأول

الفروقات بين المسؤوليتين والتعريف بارسطو ومبادئه

نتناول في هذا الباب ثلاث نقاط رئيسة كمقدمات تمهيدية لدراسة فلسفة المسؤولية الجزائية والمسؤولية المدنية، وهذه النقاط هي الآتية:-

الأولى/ الفروقات الجوهرية بين المسؤولية الجزائية والمسؤولية المدنية.

الثانية/ التعريف بأرسطو وآرائه الفلسفية.

الثالثة/ المقولات العشر الأرسطية.

الفصل الأول

أهم الفروقات الجوهرية بين المسؤولية الجزائية والمسؤولية المدنية

المسؤوليتان (الجزائية والمدنية) تتفقان في أنهما نوعان مندرجان تحت جنس واحد وهو مطلق المسؤولية القانونية، إلاّ أنهما تختلفان من حيثيات كثيرة، ومنها ما يلي:

أولا: من حيث الماهية:

ماهية المسؤولية الجزائية تحمل جزاء الإخلال بواجب قانوني يُحدده قانون جزائي كقانون العقوبات وقانون أصول المحاكمات الجزائية (أصول الإجراءات الجزائية) وقانون رعاية الأحداث وغيرها من أي قانون جزائي آخر. بينما ماهية المسؤولية المدنية تحمل أداء واجب طوعاً أو كرهاً، يترتب عليه إنشغال الذمة بحق للغير حتى ينقضي بسبب من أسباب الإنقضاء.

ثانيا: من حيث الموضوع:

موضوع المسؤولية الجزائية عقوبة سالبة للحرية كالسجن والحبس أو غرامة مالية او المصادرة يلتزم الجاني بخضوعه لتنفيذ إحدى هذه العقوبات، ومحل التزامه هو التنفيذ، في حين أن موضوع المسؤولية المدنية حق عيني مالي أو حق شخصي، على الملتزم أن يؤدي هذا الحق باختياره وإلاّ فيُجبر عليه، ما لم يكن هناك مانع قانوني كالتقادم المسقط.

ثالثا: من حيث المحل:

محل المسؤولية الجزائية يكون دائما خضوعاً وإستسلاماً لتنفيذ العقوبة المحكوم بها إلى انتهاء مدة هذا الحكم. بخلاف المسؤولية المدنية، فإن محلها هو الأداء بمفهومه العام الشامل للفعل والإمتناع كتسليم السيارة المباعة إلى المشتري، وتسليم ثمن المبيع للبائع، وكالإمتناع

عن فعل يجب عليه الإمتناع عنه، كالتزام البائع بعدم التعرض للمشتري، أي ما يسمى ضمان التعرض.

رابعا: من حيث السبب:

سبب المسؤولية الجزائية دائما يكون عملا غير مشروع مخالفا للقانون الجنائي كالقتل والسرقة وخيانة الأمانة ونحوها. لكن سبب المسؤولية المدنية غالبا يكون قولا أو فعلا مشروعاً كما في المعاملات المالية، وقد يكون عملا غير مشروع كما في المسؤولية التقصيرية، كحالة إتلاف مال الغير بدون مبرر شرعي أو قانوني.

خامسا: من حيث الأساس:

أساس المسؤولية الجزائية دفع الخطر بالوسائل الوقائية قبل وقوعه أو رفعه بالوسائل العلاجية بعد الوقوع، كجريمة الغصب. في حين ان أساس المسؤولية المدنية دفع الضرر قبل وقوعه كالإمتناع عن المنافسة غير المشروعة أو رفعه بعد وقوع الضرر بتعويض عادل، كما في الأضرار الناتجة عن الأعمال غير المشروعة.

سادسا: من حيث الأهلية:

أهلية المسؤولية الجزائية هي أهلية تحمل تبعات أعمال غير مشروعة وبدء تأريخ هذه المسؤولية تختلف فيه القوانين، ففي بعضها تبدأ هذه الأهلية بالدخول في السابعة من العمر، كما في القانون المدني المصري القائم (م٤٥)، وفي بعضها بإكمال السابعة كالمدني الكويتي (م٤٤)، وفي بعضها تبدأ بإكمال التاسعة من العمر كما في قانون رعاية الأحداث العراقي (م٤٧)، وفي بعضها تبدأ بأكثر من التواريخ المذكورة. بخلاف أهلية المسؤولية المدنية وهي نفس أهلية الوجوب الكاملة التي هي صلاحية الشخص لأن يكون له حقوق وعليه إلتزامات وتثبت هذه الأهلية للإنسان منذ لحظة ولادته.

سابعا: من حيث طبيعة الملتزم:

الملتزم وهو شخص طبيعي أو شخص معنوي، لكن للمسؤولية الجزائية للشخص المعنوي لا تزال محل خلاف علماء القانون. أما بالنسبة للمسؤولية المدنية فلا إختلاف بين فقهاء القانون في ثبوتها للشخص المعنوي كالدولة والشركة والجامعة ونحوها والشخص الطبيعي كالإنسان.[1]

ثامنا: من حيث تحديد الملتزم له:

في المسؤولية الجزائية الملتزم له غالبا يكون هو المجتمع، لأن الجاني يعتدي جنائياً إما على حق عام أو على حق مشترك بين الفرد والمجتمع كالسرقة، والجانب العام هو الغالب. أما في المسؤولية المدنية فقد يكون فرداً وقد يكون فئة معينة كما قد يكون شخصاً معنويا كالدولة.

وبالإضافة إلى ما ذكر فإن الملتزم له في المسؤولية الجزائية يجب أن يكون موجودا ومعيناً دائما وهو المجنى عليه. بخلاف المسؤولية المدنية فقد يكون الملتزم له موجودا كزيد من الناس يكون مشترياً في بيع مالٍ معين، وقد يكون معدوما كما في التأمين على حياة من لم يولد بعدُ.

تاسعا: من حيث عنصر الضرر الفعلي:

لا يشترط لتحقق المسؤولية الجزائية قيام عنصر الضرر، وإنما يشترط قيام الخطر، ولذلك قد تتحقق المسؤولية الجزائية بدون أي ضرر للفرد أو المجتمع، كما في الإتفاق الجنائي قبل البدء بتنفيذ الجريمة، وكما في الشروع في القضايا الجنائية، فالجريمة موجودة رغم عدم وجود الضرر. أما في المسؤولية المدنية فإن عنصر الضرر ركن من أركانها وبوجه خاص في المسؤولية التقصيرية.

عاشرا: من حيث القصد الجنائي:

فهو ركن أساس في جرائم الإعتداء على الأموال والأمن، في المسؤولية الجزائية، لا توجد جريمة عمدية في القانون ما لم يتوافر فيه عنصر القصد الجنائي الذي يُسمى الركن المعنوي،

---

[1] في التفصيل ينظر مؤلفنا (موانع المسؤولية الجزائية في الشريعة الإسلامية والتشريعات الجزائية العربية) ص٢٧ وما يليها.

باستثناء جرائم الأشخاص، كما في جرائم القصاص والدّية، ففيها لا يشترط عنصر القصد الجنائي، أما في غيرها فالجرائم كلها عمدية. بخلاف المسؤولية المدنية فإنها تقوم بدون القصد الجنائي كمن أتلف مال الغير إهمالا أو بدون قيام القصد الجنائي كإتلاف عديم التمييز لمال الغير كالمجنون والصبي غير المميز ومن في حكمهما، فهذا المتلف يجب عليه التعويض، لأن الأساس هو الضرر وهو موجود سواء وجد القصد الجنائي أو لم يوجد. وبناءً على ذلك تكون عناصر المسؤولية التقصيرية (العمل غير المشروع+ الضرر+ العلاقة السببية).

حادي عشر: من حيث حق تحريك الدعوى:

ففي المسؤولية الجزائية، إذا لم يُحرك المجنى عليه الدعوى يحل محله هيئة الإدعاء العام، بخلاف المسؤولية المدنية التي لا يُحرك الدعوى فيها ضد الملتزِم إلاّ الملتزَم له أو من ينوب عنه نيابة اتفاقية أو قضائية أو قانونية، فإذا أخذ من له حق تحريك الدعوى المدنية جانب الصمت، فليس لأحد أن يُحرك هذه الدعوى ضد المدين، والسرّ في هذا الفرق هو أن الحق المعتدى عليه في المسؤولية المدنية هو حق خاص لفرد أو فئة معينة، بينما في المسؤولية الجزائية موضوع الإلتزام حق عام أو حق مشترك وجانب العموم هو الغالب.

ثاني عشر: من حيث طبيعة الجزاء:

الجزاء في المسؤولية الجزائية هو إمّا الإعدام أو السجن أو الحبس أو المصادرة أو غرامة مالية. بخلاف الجزاء في المسؤولية المدنية فهو التعويض بمال مثلي في المثليات أو قيمة في القيميات.

ثالث عشر: من حيث فلسفة الجزاء:

فلسفة الجزاء في المسؤولية الجزائية هي مكافحة الإجرام بإصلاح الجاني والردع الخاص (منع الجاني من العود الى الجريمة مرة أخرى) والردع العام (منع الغير من الإقتداء به). أما فلسفة الجزاء في المسؤولية المدنية فهي جبر خسارة لحقت بالملتزَم له أو تعويض ربح فاته كسبه بسبب من الملتزِم.

رابع عشر: من حيث التأمين:

في المسؤولية الجزائية، لا يصح التأمين ضد جريمة الإعتداء على حياة المؤمَّن له، أو حياة من يتم التأمين لمصلحته، لأن طبيعة الموضوع تأبى هذا التأمين. بخلاف ذلك في المسؤولية المدنية، فيجوز عقد التأمين ضد الضرر كالتأمين على الحرائق والكوارث الطبيعية.

خامس عشر: من حيث تحديد الأعمال غير المشروعة:

ففي المسؤولية الجزائية حدد القانون الجنائي في جميع دول العالم الأعمال الجرمية بناءً على قاعدة (لا جريمة ولا عقوبة إلاّ بنص)، فليس للقاضي أو المجتهد توسيع نص التجريم عن طريق التفسير أو القياس بحيث يؤدي إلى استحداث جريمة جديدة لم يُجرّمها القانون بالنص، أو عقوبة جديدة لم تُحدَّد في قانون العقوبات. بخلاف المسؤولية المدنية فإن الاعمال غير المشروعة الضارّة الموجبة للتعويض غير محصورة في القانون، فيسأل الشخص عن كل عمل ضارّ بدون مبرر يرتب عليه القانون الإلتزام بدفع بديل من مالٍ مثلي في المثليات أو قيمةٍ في المال القيمي.

سادس عشر: من حيث حجم جزاء الملتزم على إخلاله بواجب قانوني:

فالجزاء في المسؤولية الجزائية محدد، مقدما بعقوبات خاصة محددة في قانون العقوبات، غير أن هذا الجزاء قد يضع له القانون الحد الأدنى والحد الأقصى ويُقرّ للقاضي سلطة تقديرية للحكم بالحد الأدنى أو بما هو قريب منه، إذا كان الظرف المقترن بالجريمة أو بشخص الجاني من حيث الخطورة الكامنة فيه من مصلحة الجاني، أو يحكم بالحد الأقصى أو القريب منه إذا كانت الظروف ضد مصلحة الجاني، أو يقتصر على حد واحد، بخلاف حجم الجزاء في المسؤولية المدنية، فإنه لا يمكن تحديده مقدماً قبل حدوث الضرر بالقانون، لأن هذا الجزاء سواء كان مالا مثلياً كما في المثليات أو قيمة كما في المال القيمي، يختلف حجمه باختلاف حجم الضرر بعد وقوعه وبعد تقديره من قبل أهل الخبرة.

سابع عشر: من حيث متعلق الدعوى:

من الطبيعي أن متعلق الدعوى في المسؤولية الجزائية وهو المدعى عليه شخص الجاني، فإذا سقطت أهليته بالوفاة أو الجنون المقترن بارتكاب الجريمة تسقط الدعوى، فإذا طرأ الجنون بعد إرتكاب الجريمة، تتوقف الإجراءات القضائية اعتبارا من تأريخ حدوث الجنون،

وإذا كان الجنون مُطبَقاً مستمراً إلى الوفـاة تسـقط الـدعوى، وإذا كـان متقطعـاً تسـتأنف الإجراءات القضائية من النقطة التي توقفت فيها. بخلاف المسـؤولية المدنيـة، فـإن ضـمان موضوع الإلتزام هو مال المدين، فالدعوى رغم أنها موجهة إلى شخص المدين في حياته، فإن متعلقها في الواقع هو مال المدين، فبعد وفاته يتعلق بتركتـه، فيجـب إخراجـه منهـا قبـل توزيعها، رغم انتقال ملكية التركة الى الورثة وهي مثقلة بالـدين، فالتركـة المدينـة كالمـال المرهون لضمان الدين، فتصرف الورثة فيها قبل وفاء الدين أو إذن الدائنين موقـوف علـى إجازة الدائنين أو وفاء الدين.

فمعنى (لا تركة الاّ بعد سداد الدين): لا نفاذ للتصرف في التركة إلاّ بعد تسديد الدين.

ثامن عشر: من حيث الخطأ المفترض:

لا يُعتد بالخطأ المفترض في المسؤولية الجزائية، فلا يُسأل المتبوع عن جريمة تابعـهِ مـثلا، بناءً على قاعدة (شخصية العقوبة في القانون) التي نصّ عليها القرآن قبل القـانون بمئـات السنين في آيات متعددة، منها قوله تعالى: ﴿وَلاَ تَـزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْـرَى﴾[1]، بخـلاف ذلـك في المسؤولية المدنية، فإن صاحب المعمل مثلاً يُسأل مدنياً ويُلتزم بدفع التعـويض عمّـا أصـاب العامل من ضرر أو عاهة مستديمة أثناء عمله فيه، وكذلك المتبـوع يُسـأل عـن تابعـه إذا أحدث ضرراً بالغير أثناء عمله للمتبوع، فالوزارة مثلا مسؤولة عن إحداث ضرر صادر من أحد الموظفين التابعين لهذه الوزارة بسبب أداء عمله فيها وذلك بناءً علـى قاعـدة ((الغـرم بالغنم))، بما أن الغنم (أي النفع) يكون للمتبوع، فكذلك الغرم (أي تحمل التبعـة) يكـون عليه، لا على أساس الخطأ المفـترض الـذي استحدثه القضـاء الفرنسـي بعـد قيـام الثـورة الصـناعية في أوروبا، حيث اقرّ القضاء خطأً مفترضـاً لصـاحب المعمل رغـم عـدم وجـوده في الحقيقة. وجدير بالذكر أن قاعدة ((الغرم بالغنم أو الغـنم بـالغرم)) مـن قواعـد الشـريعة الإسلامية التي أقرّتها قبل القانون بمآت السنين.

تاسع عشر: من حيث الاختصاص القضائي:

تكون صلاحية النظر والحسم في القضايا الجزائية من اختصاص القضاء الجنـائي، بخـلاف القضايا المدنية، فإنها من صـلاحية القضـاء المدني، فلا يحق للقضاء الجنائي أن ينظر في أمور

---

[1] انعام ١٦٤

ذات مسؤولية مدنية، ما لم تكن تابعة للمسؤولية الجزائية، كما في جرائم الأموال كالسرقة والغصب وخيانة الأمانة ونحوها، ففي هذه الحالة للقضاء الجنائي صلاحية النظر فيها تبعا للنظر فيها جنائيا، (غير ان ابراء الجاني من التهمة الجنائية لا تستلزم ابراءه من التهمة المدنية)، بناءً على طلب من الملتزم له في بعض القوانين وبدونه في قوانين أخرى.

عشرون: من حيث التقادم المسقط:

ففي المسؤولية المدنية تسقط الدعوى بعد مدة تتراوح بين سنة وخمس عشرة سنة على الحق المدعى به (موضوع الدعوى) بدون المطالبة من الدائن أو نائبه بهذا الحق، أما المسؤولية الجنائية فهي تختلف عن المسؤولية المدنية من حيث مدة التقادم المسقط ومن حيث سعة الأخذ بهذا التقادم، وعلى سبيل المثل في قانون العقوبات العراقي القائم، في موضوع جريمة زنا أحد الزوجين (الخيانة الزوجية) نصت المادة (٣٧٨) منه، على أنه (لا تُقبل الشكوى إذا قُدّمت بعد انقضاء ثلاثة أشهر على اليوم الذي اتصل به علم الشاكي بالجريمة)، وأخذ بعض القوانين الجزائية بتأثير التقادم منها قانون الإجراءات الجزائية المصري القائم، فنصت المادة (١٥) على أنه (تنقضي الدعوى الجنائية في مواد الجنايات بمضيّ عشر سنين من يوم وقوع الجريمة في المواد الجنائية، وبمُضي ثلاث سنين في الجُنح، وفي مواد المخالفات بمضي سنة، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك).

أما سقوط العقوبة بالتقادم فقد نصّت المادة (٥٢٨) منه على أنه (تسقط العقوبة المحكوم بها بمُضي عشرين سنة ميلادية، إلاّ عقوبة الإعدام، فإنها تسقط بمُضي ثلاثين سنة، وتسقط العقوبة المحكوم بها في الجنحة بمُضي خمس سنين، وتسقط العقوبة المحكوم بها في المخالفة بمُضي سنتين).

ومن القوانين الجزائية التي لم تأخذ بالتقادم المسقط أصلاً، لا في الدعوى الجزائية ولا في العقوبات، القانون الإنكليزي الذي لا يعتد بفلسفة التقادم وهي أن التقادم مبنيّ على نسيان الجريمة والحكم فيها.[1]

---

[1] ينظر الدكتور محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات المصري، القسم العام، الطبعة الأولى، سنة ١٩٨٣، ص٦٦١ وما يليها.

الإلتزام في ضوء المنطق والفلسفة، للمؤلف، ص١٠٢ وما يليها.

قانون رعاية الأحداث القائم، المادة (٤٧)، قانون العقوبات العراقي القائم، المادة (٢٥)

حادي وعشرون: من حيث سلطة المحاكم وحُجية الأحكام:

خوّل المشرع المحاكم الجزائية بسلطة تحرّي الحقيقة بشكل أوسع بكثير من سلطة المحاكم في المسؤولية المدنية، وأعتبر ما تُقرره المحاكم الجزائية من حقائق قضائية اقرب إلى الحقائق الواقعة مما تُقره المحاكم المدنية، فجعل لحكم المحكمة الجنائية حجية في الدعوى المدنية بما أثبته من وقائع وكان إثباته ضرورياً للفصل في الدعوى العمومية، ولم يجعل لحكم المحكمة المدنية أية حجية في الدعوى العمومية، وعلى سبيل المثل: إذا أدانت المحكمة الجنائية المتهم، تعين على المحكمة المدنية أن تعتبر خطاءه ثابتا، وأن تُلزمه بتعويض ما ثبت وقوعه من ضرر، أما إذا قضت المحكمة المدنية بإلزام الفاعل بالتعويض، فإن حكمها لا يُلزم المحكمة الجنائية بالحكم بإدانة المتهم.

وقد ثار الخلاف في حالة ما إذا قضت المحكمة الجنائية بالبراءة لعدم ثبوت الخطأ الجنائي للمتهم أو عدم كفاية الأدلة عليه، أيكون هذا الحكم حجّة على المحكمة المدنية فيمتنع عليها الزام المدعى عليه بالتعويض أم لا؟

وقد فصّل المشرع المصري في هذا الخلاف بالنص في المادة (٤٥٦) الإجراءات الجنائية على أن يكون للحكم بالبراءة في الدعوى الجنائية قوة الشيء المحكوم فيه أمام المحكمة المدنية سواء بني على انتفاء التهمة أو على عدم كفاية الأدلة.[١]

ثاني وعشرون: من حيث طبيعة عناصر الخطأ:

من البدهي أن الخطأ عنصر رئيس في كلتا المسؤوليتين (الجزائية والمدنية) مع اختلاف طبيعته فيهما كما يلي:-

أ- الخطأ في المسؤولية الجنائية هو الإخلال بواجب قانوني حدده القانون الجنائي ويكون له عنصران مادّي ومعنوي:

١- العنصر المادي هو الإخلال بواجب حدده القانون الجنائي.

٢- العنصر المعنوي هو إدراك المخل بأنه أخلّ بواجب قانوني.

---

[١] لمزيد من التفصيل في هذا الموضوع ينظر كتاب (الوافي في شرح القانون المدني المصري (٢/٩) في الإلتزامات المجلد الثاني في الفعل الضار في المسؤولية المدنية، القسم الأول في الأحكام العامة، تأليف الدكتور سليمان مرقس. ص٧ ومايليها.

وكذلك ينظر اصول الإثبات وإجراءاته، ج٢، ص٩ ومايليها، للمؤلف المذكور.

ب- الخطأ في المسؤولية المدنية في الفقه الغربي والقوانين المتأثرة به كالمصري وغيره، أيضاً يتوقف على عنصرين:

١- العنصر المادي وهو الإخلال بواجب قانوني.

٢- العنصر المعنوي وهو إدراك المخل بأنه أخلّ بواجب قانوني.

أما في الفقه الإسلامي والقوانين المتأثرة به، كالقانون العراقي[1] فإن الخطأ لا يتوقف وجوده على العنصرين المذكورين المادي والمعنوي، بل يكفي العنصر المادي فقط، أي اخلاله بواجب قانوني المرادف لقيامه بعمل غير مشروع، سواء أدرك المخلّ هذا الإخلال أو لا.

وتظهر أهمية التمييز بين الخطأ الجنائي والخطأ المدني في حجية الحكم الجنائي أمام المحكمة المدنية، إذا ما صدر هذا الحكم قبل أن تفصل المحكمة المدنية في الواقعة، فإذا أدانت المحكمة الجنائية المتهم، كان حكمها مثبتاً وقوع خطأٍ جنائي منه، لأن الخطأ الجنائي مخالف لنص من نصوص قوانين العقوبات. أما إذا أبرأت المحكمة المتهم لعدم ارتكابه ما يُعتبر خطأً جنائيا، فإن ذلك لا ينفي أن يكون ما وقع منه كافيا لإعتباره خطأً مدنياً، لما تقدم من أن الواجبات التي يُعد الإخلال بها خطأً مدنياً أكثر وأعم من التي يُعد الإخلال بها جريمة جنائية.[2]

طبيعة محتويات هذا الفصل تأبى توزيعها على المباحث، ولذا اقتصرنا على عنوان فصل واحد.

---

[1] كما في المادة (١٩١) من القانون المدني العراقي القائم.

[2] الدكتور سليمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني، المرجع السابق ٢٧٨/٢ ومايليها.

الفصل الثاني

التعريف بارسطو وآرائه الفلسفية

وتوزع دراسة هذا الموضوع على ثلاثة مباحث، يخصص الأول للتعريف بأرسطو، والثاني لأرائه الفلسفية، والثالث لمقولاته العشر.

المبحث الأول

التعريف بارسطو [١]

أرسطو (Aristot l.s) أو(Aristot lis) (384ـ322)ق. م.

ولد ببلدة ستاجيا (أو سطاغيا) في تراقية شمالي اليونان وكان إبنا لطبيب نيقوماخوس (Nicomachus) طبيب أمينتاس الثاني ملك مقدونيا.

وتوفي أبوه وهو حدث، وفي السابعة العشرة من عمره رحل الى أثينا تلميذا بأكاديمية أفلاطون.[١] ولفت إليه نظر استاذه أفلاطون فلقّبه بـ(العقل) لشدة ذكائه وبـ(القرّاء) لسعة إطلاعه.

---

[١] - ينظر فيما يتعلق بارسطو الى المراجع الأتية:-

النجاة لابن سيناء ص ١٥٧- ١٦٦.

الموسوعة الفلسفية المختصرة نقلها عن الانجليزية فؤاد كامل، وجلال العشري، وعبد الرشيد الصادق. وراجعها وأشرف عليها وأضاف شخصيات إسلامية د.زكي نجيب محمود، ص ٣٢ ومايليها.

الموسوعة الفلسفية - وضعها لجنة من العلماء الاكاديميين السوفياتيين باشراف مروزنتال. ب يودين. ترجمة سمير كرم - دار الطليعة، بيروت ص١٩ ومايليها.

الموسوعة الفلسفية للدكتور جميل صليبا.

الفلسفية الاخلاقية الافلاطونية عند مفكري الاسلام. د.ناجي التكريتي ص ٨١ ومايليها.

وظل عضوا باكاديمية أفلاطون الى وفاته ولم يُعجبه بعد ذلك أن يبقى في هذه الاكاديمية التي ترأسها إبن أخ أفلاطون، رغم أنه لم يكن فيلسوفا موهوباً، فترك أثينا الى أسوس في آسيا الصغرى. وأنضم الى جماعة من تلاميذ أفلاطون وتزوج وقضى بها ثلاث سنوات، ثم رحل الى ميتيلينا في ليبوس وفي نحو (٣٤٢ ق.م) دعاه فيليب ملك مقدونيا ليكون مربيا لابنه الأسكندر الاكبر وبقي مربيا له زهاء ثلاث سنوات ثم رجع الى مسقط رأسه سطاغيرا وقضى فيها خمس سنوات، وفي (٣٣٥ ق.م) عاد الى أثينا وبمساعده صديقه وتلميذه ثيوفراسطوس أنشأ مدرسته الشهيرة المسمى (lyeeum) التي تُعرف باسم (اللوقيون) أو (بريباتوس) وسميت باسمه وكان بالمنزل يمشي ظليل ويلقي دروسه على طلبته ويقطعه ذهابا وإيابا حتى سميت المدرسة باسم مدرسة المشائين، وسمي أرسطو وأتباعه المشاؤون.

ولم يكن أرسطو من المشتغلين بالسياسة كما لم يكن أشباه المقدونيين ورغم ذلك لفقوا له تهمة الالحاد وبعد ذلك سلم أرسطو مدرسته الى ثيوفراسطوس وغادر أثينا وهو يقول متألما (لا داعي لأن أعطي للأثينيين فرصة أخرى للاجرام ضد الفلسفة) وهو يشير بهذا الكلام الى جريمة إعدام أستاذه سقراط (٤٦٩- ٣٩٩ ق.م) الفيلسوف اليوناني من أثينا.

واتجه الى خلقيس في جزيرة أوبا وتوفي بها في السنة التالية عن أثنين وستين سنة من عمره تاركا للبشرية ثروة فلسفية ضخمة ضاعت منها مؤلفات الشباب ولم يبق غير الاسماء وبعض المقتبسات ويبدو أنها كانت أفلاطونية في شكل محاورات وبقيت معظم مؤلفات الكهولة.

وذهب بعض الباحثين[٢] الى تقسيم التطور الفلسفي والعلمي لأرسطو إلى ثلاث مراحل وهي:

١- ما قبل ٣٤٧ق.م. حيث كان فيها ممتلئا حماسا يميل إلى الجزم ويدافع بحرارة عن الآراء الأفلاطونية ويؤمن بنظرية المُثُل وفكرة أفلاطون في الروح ويتناول بحث الأمور الفلسفية على طريقة أستاذه وترجع إلى هذه الفترة مؤلفات الشباب التي يتجه بها إلى الجماهير وصاغها في شكل حواري.

---

[١] افلاطون (٤٢٧- ٣٤٧ ق.م) من كبار فلاسفة اليونان.

[٢] موسوعة الفلسفة والفلاسفة/ د.عبدالمنعم الحفني ١/١٢٤

٢- في المرحلة الثانية من تطوره الفكري الفلسفي (٣٤٧-٣٣٥ ق.م) انقلب فيها على أستاذه افلاطون وانتقده بشدة وبوجه خاص في نظريته في المثل، وفيها كَتب مؤلفه (في الفلسفة).

٣- في مرحلة ما بعد (٣٣٥ق.م) اتجه إلى البحث العلمي التجريبي ونفض عن نفسه كل غبار فكري افلاطوني ميتافيزيقي. لذا ينبغي البحث عن نسق متكامل عند البحث عن حياة أرسطو، ولا تقوم الأرسطية بنتائجها وتعاليمها وإنما القيمة الكبرى لمنهجه التحليلي.

وفي المبحث التالي نتناول بإيجاز آراءه ونظرياته كمدخل لإستعراض ما يُبنى على فلسفته.

المبحث الثاني

آراء أرسطو الفلسفية

نتناول بإيجاز أهم آراء ارسطو الفلسفية فيما يلي:

أولاً: الهيولى والصورة:

إختلفت الفلاسفة في تحديد طبيعة مكونات موجودات الكون فذهب بعضهم الى أن كل موجود يتكون من عنصرين:- الهيولى والصورة، وذهب الاخرون الى أن موجودات الكون تتكون من الجزيئات اي الذرات (الاجزاء التي لا تتجزاء)، والعلم الحديث يؤيد هذا الاتجاه الثاني. لكن معظم الفلاسفة القدماء -وفي مقدمتهم أرسطو- ذهبوا الى أن كل موجود في الكون يتكون من عنصرين احدهما الهيولى والثاني الصورة.

والهيولى لفظ يوناني يُقصد بها الاصل أو (المادة).

وفي الإصطلاح الفلسفي جوهر في الجسم قابل لما يعرض لذلك الجسم من الإتصال والإنفصال.

ثانياً: - الموجود بالقوة والموجود بالفعل :

الموجود بالقوة (بالإمكان) معـدوم بالفعـل ولكنـه قابـل لأن يـأتي الى حيـز الوجـود (ويصبح موجودا بالفعل). وقد قسم أرسطو للموجودات الكونية الى ما هـو موجـود بـالقوة (بالامكان والاستعداد) لكنه معدوم بالفعل.

وعلى سبيل المثل نواة التمرة شجرة نخيل بالقوة وشجرة النخلة موجـودة بالفعـل. وبـذرة البلوط شجر البلوط بالقوة أي بالامكان والطفل بعد الولادة ناطق ومتكلم بالقوة وعنـدما يقطع شوطا من عمره يصبح ناطقا بالفعل.

فالورقة البيضاء رسالة بالقوة وبعد الكتابة رسالة بالفعل، وهكذا للموجـودات الكونيـة المستحدثة تأتي الى حيز الوجود بعد العدم وهي لها مقومات وإمكانات الوجود بالفعل.

وهناك صلة وثيقة بين التقابل الذي طرفاه القوة والفعل، والتقابل الذي طرفـاه الهيلـولى والصورة.

فالهيلولى هي ما له إمكان تلقي الصورة، والصورة هي ما يحقق هذا الامكان بالفعل.

والوجود بالفعل هو الغاية التي من أجلها كان الوجود بالقوة.

وجميع المستجدات التكنلوجية والمخترعات الفعلية في العصر الحديث وفي المستقبل مبنية على نظرية للوجود بالقوة والموجود بالفعل.

ثالثاً: العلل الأربع:

اعتقد أرسطو -وكان مصيباً في إعتقاده- أن كل حدث إرادي يصدر عن الانسان العاقل الواعي الهادف الى تحقيق غايته باخراج الحدث المنوي من حيّز القوة الى حيّز الفعل له أربـع علل: العلة الفاعلة، والعلة المادية، والعلة الصورية، والعلة الغائية.

وعلى سبيل المثل الكرسي الذي يجلس عليه الانسان علته الفاعلـة النجـار أو الصـانع، وعلته المادية الخشب أو المعدن، وعلته الصورية هي الهيئة الـتي تحصـل لـه بعـد إكتمالـه، وعلته الغائية الجلوس عليه.

فالقانون الذي يُشرعه للشرع علته الفاعلة هي السلطة التشريعية وعلته المادية مفرداته وعلته الصورية هـي الهيئـة الحاصـلة لمفرداتـه بعـد تركيبهـا وصـياغتها في شـكل المـواد والفقرات، وعلتـه الغائية تحقيق وتنظيم وحماية مصالح المجتمع الذي يخضع لهذا القانون.

رابعاً : تصنيف العلوم :

قسّم أرسطو جميع العلوم من حيث الطبيعة الى ثلاثة أنواع:

١- علوم نظرية : والنظري يدرس ما لا يمكن أن يكون خلاف ذاته ولا يهدف الاّ الوصول الى الحقيقة.

٢- علوم عملية: والعملية تخص بما يمكن أن يكون خلاف ذاته وأهمها علم الاخلاق وعلم السياسة.

٣- علوم إنتاجية : وهي التي تعنى بصنع الاشياء.

خامساً : المنطق:

ويُعرف أرسطو بالمبدع الاول والمعلم الأول لعلم المنطق.

ويُمكن أن يُعرّف المنطق بأنه (قانون يتكون من مجموعة قواعد عامة رعايتها تعصم الذهن المفكر للانسان عن الخطأ حين كسب المجهولات عن طريق المعلومات المخزونة لديه). فالحضارة البشرية النظرية والعملية والانتاجية محصلة للمنطق، لأن كل جيل من الأجيال البشرية المتعاقبة اذا بدأ بصنع شيء لأول مرة، يأتي المصنوع بدائيا غير متطور وغير واصل الى درجة الكمال والنضج، ولكن بعد أن يأتي الجيل الذي يليه ويرث تلك المعلومات الأولية الموروثة ويستخدمها لكسب بعض المجهولات المتعلقة بالموضوع (مصنوع الجيل السابق) يُحوِل تلك المجهولات الى معلومات ويضيفها الى المعلومات التي ورثها من الجيل السابق ثم يترك القديم والجديد الى الجيل القادم الذي يليه، وهكذا الى أن تصل الفكرة أو العمل أو المصنوع الى درجة الكمال والنضج في التقدم والتطور كما هو واضح في العالم التكنلوجي في حياتنا المعاصرة.

سادساً: - الفيزيقا (الطبيعة):

الطبيعة عبارة عن دراسة الاشياء الحيّة وقد تناول أرسطو هذا الموضوع في كتابه المسمى (الطبيعة) وهو يتضمن مناقشاته وتحليلاته لافكارٍ تتعلق بالطبيعة والتغيير والمصادفة والزمان والمكان والاتصال واللانهاية، والنمو ونحو ذلك. كما يتضمن كتابة أدلة فلسفية ومنطقية على أن الحركة أزلية وأن هناك محركا أولا أزليا وهذا المحرك الاول الأزلي لا يتغير

ولا يحتوي على أي عنصر من الهيولى أو الصورة أو من الوجود بـالقوة، لأنـه جـوهر مجـرد مطلق بالفعل.

سابعاً: علم الحياة :

اعتقد أرسطو أن النظريات لابد أن تعتمد على الوقائع، وهو يقول:- إننا لم نتثبت مـن الوقائع ما فيها من الكفاية، وإذا حدث في أي وقت من المستقبل أن نتثبَّت منها فعلينا أن نمنح ثقتنا لشهادة الحواس المباشرة أكثر مما نمنحها للنظريات.

ثامناً: - نظرية النفس :

يرى أرسطو ان للنباتات نفسا كما للحيوانات نفس وللانسان نفـس، لانهـا حيـة ويمكـن ترتيب الكائنات الحية من حيث النفس وفقا لقواها كالآتي:

١- للنفس النباتية ثلاث قوى مختلفة وهي :

ا- القوة الغاذية: يتغذى النبات بنفسه عن طريق هذه القوة.

ب- القوة المُنَمية: فينمو النبات بذاته.

جـ _ القوة المَولِدة: فللنبات قوة على ولادة المثل.

٢- النفس الحيوانية: يأتي الحيوان في مرتبة أرقى من مرتبـة النباتـات في الكائنـات الحية، فهو بالاضـافة الى القوى الثلاث المذكورة للنباتات، له قوتان إضـافيتان: قوة محركة وقوة مـدركة. ولكل واحدة منهمـا قوى فرعيـة متفرعة عنها.

أ- القوى المحركة تتفرع عنها قوتان باعثة وفاعلة : -

احداهما القوى الباعثة: هي قوة نزعوية وشـوقية وهـي الـتي إذا إرتسـم في التخيل صورة مطلوبة أو مهروب عنها، حملها هذا الباعث على الحركة، إمـا طلبا للذة أو هربا من ضرر أو خطر. وفي الحالة الاولى تسمى القوة الباعثة قوة شهوانيـة، وفي الحالة الثانية تسمى القوه الغضبية.

والثانية القوى الفاعلة: وهي قوة تنبعـث في الاعصـاب والعضـلات وتـؤدي بالحيوان إما الى الاقبال على العمل وإما الى الاحجام عنه.

ب- القوى المدركة : وادراك الحيوان كادراك الانسان إما خارجي أو داخلي.

١- الادراك الخارجي يكون باحدى الحواس الخمس الظاهرة وهي البصر والسمع والشم والذوق واللمس. وبالحاسة الخامسة (اللمس) يمكن التفرقة لدى الحيوان كالانسان بين الرطوبة واليبوسة والتمييز بين الصلابة والليونة، والفرق بين الخشونة والملامسة.

٢- الادراك الداخلي: وهو اما إدراك لصور المحسوسات وإما ادراك لمعانيها.

٣- النفس الانسانية : وهي أعلى من النفس النباتية والحيوانية وتملك جميع القوى النباتية والحيوانية المذكورة بالاضافة الى القوى العقلية الأتيه:-

أ- القوة الهيولانية المطلقة (العقل الهيولاني):- وتكون القوة في هذه المرحلة استعدادا مطلقا كما في بداية الطفولة ولم يخرج منه شيء من الامكان والاستعداد الى حيز الفعل كقوة الطفل الصغير على القراءة والكتابة قبل تعلمهما. والانسان في هذه المرحلة يطلق عليه قانونا مصطلح عديم التمييز.

ب- القوة الممكنة (العقل بالملكة):- وهي يكتسبها الانسان حين يكون أهلا لمباشرة القراءة والكتابة مثلا، وفي هذه المرحلة يعد الانسان قانونا مميزا ولكنه لا يزال ناقص الاهلية.

جـ - القوة الكمالية (العقل بالفعل) وهي مرحلة كمال الاستعداد ويطلق عليه مصطلح كامل الاهلية قانونا.

وبعد ممارسة إستعدادته تصبح قوته النظرية عقلا مستفادا وعندئذ تصل القوة النظرية للنفس الانسانية الى أعلى مراتبها.[١]

تاسعاً: ما بعد الطبيعة (الميتافيزيقا):

تناول أرسطو في كتابه (ما بعد الطبيعة) هذا الموضوع بتحليلاته الفكرية الخاصة به، وانتقد آراء الفلاسفة ممن سبقوه في البحث عن ما بعد الطبيعة، في ضوء المبادىء النهائية لحقيقة الوجود ولدعم رأيه الخاص قال بوجود العلل الأربع كما ذكرنا في الفقرة (الثالثة)، وفي كتابه الثالث: استعرض عددا من المشكلات في ماوراء الطبيعة.

---

[١] - ينظر ابن سينا النجاة /ص ١٥٧-١٦٦.

وفي كتابه الرابع ناقش قانون التنــاقض وفي الكتــاب الخــامس تنــاول أهــم المصــطلحات الفلسفية وميّز بين كل واحد منها ونــاقش في الكتــاب الســادس والســابع والثــامن فكــرة الجوهر، والماهية، والجنس، والكلي، والهيولى والصورة.

وتناول في الكتب التاسع والعاشــر والحــادي عشــر الوجــود بالفعــل، والوجــود بــالقوة، والوحدة، والتعدد وأمثالها.

وفي الكتاب الثاني عشر يرى أرسطو أنه لابد أن يكون هناك محرك أول غير مادي أزلي، وهو يقصد بذلك الله جل جلاله، ويــرى أن فاعليتــه كاملــة وتامــة في كــل آن وهــو أعظــم الاشياء في الوجود.

وفي كتابيه الثالث عشر والرابع عشر ناقش وفند بعض الآراء التي كان يعتنقهــا بعــض الاعضاء الاكاديميين فيما يتعلق بالجوهر المجرد (الجوهر غير المادي).

عاشراً: الأخلاق :

إن كتاب الاخلاق (النيقوماخيه) يُعد من أفضل الكتب التي تناولت موضوع الاخــلاق على الاطلاق، فهو غــني بتحليلاتــه للمعــاني الاخلاقيــة والنفســية، ويــدعم آراءه بــالحجج البارعة وقسم الاخلاق الى:-

أ- الحياة الجيدة (الخيّرة): يرى أرسطو أن حيازة الانسان للعقل لا تتجلى في قدرتــه علــى التَفَكُر فحسب، بل تتجلى أيضا في قدرته على التحكم بفكره ومبادئه في رغباتــه وسلوكه. وبناء على ذلك لا تكون فضائل عقلية فحسب، بــل هــي ايضــا فضــائل أخلاقية.

ب- يرى أرسطو أن الفضائل الخلقية تكتسب بالمران والتدريب، وعلى سبيل المثل الرجــل يصبح كريما إذا ما تدرب أو تعود على إتيان الافعال الــتي يؤديهــا الكــريم عــن رغبة.

والفضيلة هي القدر الوسط في كل شيء، وهــي وســط بــين رذيلــتين همــا الإفــراط والتفريط، والشجاعة وسط بين الخوف والتهور، والكرم وسط بين الشُحّ والتبذير.

والوسط في هذا المجال ليس حسابيا وانما هو الوسط المناسب لكل شخص.

جـ - الفضيلة العقلية أو (الحكمة العملية): وهي التي تُمكن الانسان على الحصول مــن الاجابات الصحيحة عن مشكلات السلوك العملية، والخير الخلقي.

والفضيلة العقلية والحكمة العملية لا ينفصلان بل هما متلازمان فكل منهما يتضمن الآخر.

د- الفضيلة العقلية (أو الحكمة النظرية): وهي أسمى فضيلة يستطيع الانسان أن يحوزها وهي الفضيلة التي تمثل الجانب الالهي في نفس الانسان، لانه ليس هناك من فاعلية يمكن ان تُنسب الى الله سوى التفكير الخالص، ويرى أرسطو أن حياة الفلسفة النظرية هي أفضل وأسعد حياة يستطيع الانسان أن يحياها، ولا يقدر عليها الا القليل من الرجال، وحتى هؤلاء لا يستطيعونها إلا على فترات متقطعة.

أما بالنسبة لسائر الناس فهناك طريقة للحياة تلي تلك في فضلها وهي طريقة الفضيلة الخلقية والحكمة العملية.[1]

حادي عشر: السياسة :

حاول أرسطو في كتاب السياسة أن يُبين طبيعة الدولة (دولة المدينة) والغرض منها أن يستكشف أفضل الدساتير والقوانين التي تضاف الى السياسة.

والقيمة الفلسفية الرئيسة لكتاب السياسة إنما هي في تحليله للمعاني السياسية (الدولة، والمواطن، والقانون، وسائر متعلقات ومكملات السياسة)[2].

ويرى أرسطو أن الخير الاسمى الذي يهمُّ الجميع هو تدبير المدن أو (تحقيق علم السياسة)، لان غاية علم السياسة هي الخير الذي يخص الانسان.

وأن الخير للمدينة أعظم وأكمل لخير الفرد، وأن الغرض من تدبير المدن هو الخير الاعلى للانسان، وأن القادرين على ذلك هم أولئك الذين ينتفعون بالمعرفة ويبتعدون عن اللذات والشهوات ويعملون بما يوجبه الفكر والرأي.[3]

---

[1] الموسوعة الفلسفية المختصرة – المرجع السابق / ص ٤٠ ومايليها.

[2] المرجع السابق / ص٣٤.

[3] لرسطو طاليس : – الاخلاق ترجمة إسحاق بن حنين – تحقيق عبدالرحمن بدوي – نقلا عن د.ناجي للتكريتي – الفلسفة الاخلاقية الافلاطونية عند مفكري الاسلام / ط /٣ /١٩٨٨ /ص ٨١.

ثاني عشر : - المقولات العشر :

مقولات أرسطو تُصنِف الوجود القائم في الكون ويرى أن كل مـا هـو موجـود في عـالم الكون يندرج تحت إحداها، فهي إما أن تكون جوهرا أو عرضا، كما يـأتي بحثهـا بإيجـاز في المبحث التالي.

المبحث الثالث

التعريف بالمقولات الارسطية [1]

المقولة هي المحمول، لكون المحمول في القضية مقولاً على الموضوع، وجمعها المقولات وهي الاجناس العالية للاجناس والانواع المندرجة تحتها وهي تحيط بجميع الموجودات في الكون، لانها محمولات أساسية يمكن إسناد كل منها الى موضوع يناسبه وهي عند أرسطو عشر:

الجوهر، والفعل، والانفعال، والكيف، والكم، والاين، والمتى، والاضافة، والوضع، والملك.

اولاً : الجوهر:

الجوهر: كل موجود في الكون قائم بذاته غير معتمد في وجوده على موجود آخر.

ويقابل الجوهر في الفلسفة الأعيان في القوانين والأعراض في الفلسفة.

وعند الفلاسفة يطلق الجوهر على معان متعددة منها:- الموجود القائم بنفسه ويقابله العرض القائم بغيره.

ومنها الذات القابلة لتوارد الصفات المتضادة عليها.

ومنها الموجود الغني عن محل يحل فيه.[2]

وقال ابن سينا: الجوهر هو كل ما هو موجود ذاته ليس في موضوع[3].

والجوهر إن كان محلا لجوهر آخر يسمى هيولى وإن كان حالا في جوهر آخر يسمى صورة وقد سبق بيانهما.

---

[1] وتسمى في اللغة اليونانية (كاتيجوريا أو قاطيغوريا أو قاتيغوريات (Categoies) وكلمة مقولة (Category) مشتقة من مصدر (القول).

[2] المعجم الفلسفي، د. جميل صليبا، ١/٤٢٤ وما يليها.

[3] النجاة لابن سينا /ص١٢٦.

ثانيا وثالثا : الفعل والانفعال :

الفعل هو تأثير شيء في شيء قابل للتأثر، والانفعال هو تأثر شيء بشيء آخر، وما يترتب عليهما يسمى أثرا، ويبقى ما بقيا ويزول إذا زالا، كالتسخين والتسخُّن وقد خلط البعض[1] بين الشيء وتأثيره فقال الفعل (هو كون الشيء بحيث يؤثر في غيره تأثيرا غير قار الذات).

رابعا وخامساً: الكيف والكم :

أ- الكيف:- وهو في اللغة مصدر كَيَّفَ وهو اسم مُبهم مبني على الفتح فيغلب فيه أن يكون للاستفهام، مثل كيف حالك وكيف حال فلان.

وفي إصطلاح الاصوليين من صيغ عموم الاحوال مثل (كيفما تكونوا يولى عليكم).

وفي الاصطلاح المنطقي عبارة عن الايجاب في القضية الموجبة مثل كل إنسان قابل للتعلم، والسلب في القضية السالبة مثل لا إلتزام لمن لا إيمان له.

وفي الاصطلاح الفلسفي عُرف بتعريفات تقليدية نقلها الخلف من السلف دون أي تعديل، ومنها أنه عرض لا يقبل القسمة والنسبة لذاته[2].

واقترح أن يُعرّف بأنه (صفة طبيعية[3] عرضية للأشياء يُبنى عليها تقسيماتها على مستوى الاجناس أو الانواع أو الاصناف أو الاشخاص). ومنه تكييف التصرف القانوني والواقعة القانونية لتحديد القانون الواجب التطبيق. وعلى سبيل المثل موضوع القتل يتطلب معرفة كيفيته وطبيعته، هل هو عمد أو خطأ، فإذا كان عمدا فهل كان بحق أو بغير حق، وإذا كان بغير حق فهل كان بسيطا أو مقترنا بظرف مُخفف أو بظرف مُشدد.

---

[1] مثل د. عبداللطيف محمد العبد: التفكير المنطقي – دار الثقافة بالقاهرة /ط٣ /١٩٧٧ /ص٤٣.

[2] شرح المواقف للسيد شريف الجرجاني ٣/٢-٣.

[3] فطبيعة الجمادات غير طبيعة الكائنات الحية وطبيعة النباتات تختلف عن طبيعة الحيوان، وطبيعة الحيوان تختلف عن طبيعة الانسان وهكذا.

ب- الكم:- وهو في اللغة ورد بعدة معان، منها الكم للقميص وجمعه أكمام، وفي الاصطلاح اللغوي أداة الاستفهام عن مقدار الاشياء أو الأوقات.

وفي الاصطلاح المنطقي أداة لبيان مدى شمولية المحمول في القضية لأفراد موضوعها، حيث تكون قضيةً كليةً اذا كان الحكم فيها على جميع أفراد الموضوع، مثل: كل إنسان فانٍ، وجُزئية اذا كان الحكم على بعض أفراده، مثل بعض الناس فلاسفة.

وإذا كان الحكم على شخص واحد تسمى القضية مخصوصة أو شخصية، كأن يقال خالد عميد كلية القانون وكان هذا الشخص معروفا لدى المخاطب.

وفي الاصطلاح الفلسفي هو الذي يقبل لذاته المساواة واللامساواة والتجزيء. وينقسم باعتبارات مختلفة الى أقسام متعدده منها:-

أ- من حيث الحد المشترك متصل ومنفصل.

١- الكم المتصل: هو الذي يمكن أن يُفرض فيه أجزاءٌ تتلاقى عند حد واحد مشتركٍ بينها كالزمن، فالحال حد مشترك بين الماضي والمستقبل يتلاقيان فيه، لأن الاتصال عبارة عن إتحاد مقدارين في حد مشترك بينهما يكون طرفاً لكل واحد منهما.

٢- الكم المنفصل: وهو الذي لا يكون بين آحاده حد مشترك وعلى سبيل المثل العددان (٣، ٤) لا يوجد بينهما رقم مشترك يكون نهاية للعدد الأول وبداية للعدد الثاني.

ب- ومن حيث الاستقرار وعدمه ينقسم المتصل الى قار وغير قار:

١- القار: هو الذي لا يقبل التجدد بتجدد الآنات كالجمادات.

٢- غير القار: هو الذي يتجدد في كل آن وهو الزمان.

جـ - من حيث القابلية للانقسام ينقسم القار الى خط وسطح وجسم:

١- الخط: يتكون من النقاط وقابل للتجزئة من جهة واحدة فقط، وهي الطول.

٢- السطح: يتكون من الخطوط ويقبل التجزئة من جهتين، وهما الطول والعرض.

٣- الجسم التعليمي: يتكون من السطوح ويقبـل التجزئـة مـن ثـلاث جهـات متقاطعة، الطول والعرض والعمق.

فالنقطة نهاية الخط، والخط نهاية السطح، والسطح نهاية الجسم، والنقطـة غـير قابلـة للانقسام لأن النهاية عبارة عما لو فُرض الفارض الوقوف عنده لم يجد بعده شيئا من ذي الطرف.

سادسا وسابعاً : الأين والمتى :

أ- الأين:

وهو في اللغة سؤال عن وجود شيء في مكان ما.[1]

وفي الاصطلاح النحوي أداة إستفهام يُسأل بها عن وجود الشيء في المكـان، كـأن يُقـال: أين الموقع الجغرافي للعراق في قارة آسيا؟. ويُستعمل إسم شرط أي يكون إسماً يتضمن معنـى الشرط مع ما وبدونها فيدخل على فعلين يجزم كليهما على أساس أنهما شرط وجواب شرط (أو جزاء)، كما في قوله تعالى ﴿أَيْنَمَا تَكُونُوا يُدْرِكْكُمُ الْمَوْتُ وَلَوْ كُنْتُمْ فِي بُـرُوجٍ مُشَيَّدَةٍ﴾[2]. ففي هذه الاية الكريمة فعل (تكونوا) مجزوم وعلامة جزمه حذف النـون، وفعـل (يـدرككم) مجزوم وعلامة جزمه السكون.

وفي الاصطلاح الاصولي من صيغ عموم المكان مع ما وبدونها، كأن يقول المشترى للبائع اين او اينما تُسلمني للمبيع أسلمك الثمن.

وفي الاصطلاح الفلسفي حالة تحصل للشيء بسبب حصـوله في مكـان مـا. ولـه أقسام متعددة تأتي في محلها بأذن الله.

ب- المتى:

وهو في اللغة ورد بعده معانٍ منه المد، يُقال متى الشيء أي مده، ومنها الضـرب، يقـال متاه بالعصا، أي ضربه بها.

---

[1] الصحاح في اللغة والعلوم ٦٢/١ وفيه : أين سؤال عن مكـان إذا قلـت أيـن زيـد فإنمـا تسـأل عـن مكانه.

[2] سورة النساء / ٧٨.

وفي الاصطلاح النحوي أداة إستفهام عن وقوع شيء في الزمان، مثل (متى تبدأ العطلة الصيفية للدراسة؟) ويكون إسم شرط يجزم فعلين إذا دخل عليهما على أساس أن أحدهما شرط والآخر جوابه، كأن يقال (متى إستوعب الطالب موضوع دراسته، نجح في الامتحان فيه).

وفي الاصطلاح الاصولي يُستعمل لعموم الزمان مع ما وبدونها، كأن يقول أحد المتعاقدين للآخر متى أو متى ما تُنفِذ إلتزامك، أنفذ إلتزامي.[1]

وفي الاصطلاح الفلسفي حالة تحصل للشيء بسبب حصوله في الزمان[2].

وقسمه الفلاسفة الى قسمين حقيقي وغير حقيقي:

١- المتى الحقيقي:- هو الذي يستغرقه العمل الذي يؤدى فيه ولا يسعه غيره من مثله، كالصيام في شهر رمضان فلا يسع صياماً آخر في نفس الشهر، كصوم نذر أو صوم مندوب. وكالوقت المحدد لالقاء المحاضرة في الجامعات أو المؤتمرات ويسمى في اصطلاح الفقه الاسلامي الوقت المُضيَّق.

٢- المتى غير الحقيقي (أو المجازي):- وهو حصول فعل في زمان يسعه ويسع غيره من مثله كأوقات الدوام الرسمي في المؤسسات العامة ذات النفع العام وعلى سبيل المثل الاستاذ المكلف بالقاء المحاضرات في ساعات محددة، يستطيع ان يُلقي محاضرات إضافية أثناء الدوام، لان وقته اكثر من الوقت المحدد للمحاضرة. ويأتي تفصيل الموضوع بإذن الله في محله.

الثامن والتاسع والعاشر : الاضافة، والوضع، والملك :

أ- الإضافة:

وهي في اللغة الإمالة والإسناد والضم، يُقال أضاف الشيء الى الشيء، أي أماله وأسنده وضمه إليه.

وفي الاصطلاح النحوي نسبة ناقصة بين إسمين يترتب عليها تجريد الاول (المضاف) من النون والتنوين وجرّ ثانيهما بالكسرة أو ما يحل محلها.

---

[1] مؤلفنا أصول الفقه في نسيجه الجديد /٢/٢٣٥.

[2] التعريفات للجرجاني / ص١٩٩.

وفي الاصطلاح الفلسفي عرّفوها بتعريفات تقليدية غامضة ومنها: إنها حال تُعرض للجوهر بسبب كون غيره في مقابلته ولا يُعقل وجودها الا بالقياس الى ذلك الغير، كالابوة والبنوة[١]. ومنها أنها النسبة المتكررة أي النسبة التي لا تُعقل الا بالقياس الى نسبة أخرى معقولة بالقياس الى الأولى، كالأبوة والبنوة، فان كلاً منهما نسبة لا تُعقل الا بالقياس الى الاخرى.[٢]

فهذه التعريفات وأمثالها بالاضافة الى انها كلاسيكية غامضة، فيها التكرار والحشو، لذا أقترح أن تُعرّف الاضافة فلسفيا بأنها: (حالة بين صنفين متقابلين تَعقُّل أحدهما لا يتم إلا بتعقُّل الآخر). ومن أمثلتها الابوة والبنوة بالنسبة للأب والابن، والمديونية بالنسبة للدائن والمدين، والحالة القانونية أو الرابطة القانونية بين الملتزم والملتزم له.

ب- الوضع :

الوضع لغةً ورد بعدة معانٍ منها: وضعه: جعله وضيعا أي ذليلاً، وضع عنقه: ضربها. وضع الحديث: افتراه. وضع الكتابة: ألّفه. وضع الجناية عن فلان: أسقطها.

وفي علم المعاني والبلاغة الوضع: جعل الشيء دليلا على المعنى سواء كان لفظا (كزيد مثلا) أو إشارة (كاشارات المرور).

وفي الاصطلاح الفلسفي ورد بعدة تعابير منها: هيئة تعرض للجسم بسبب نسبة اجزائه بعضها الى بعض بالطبع بالقرب والبعد والمحاذاة أو بسبب نسبة هذه الاجزاء الى أمر خارجي عنها[٣]. ومنها كون الجسم بحيث تكون لأجزائه بعضها الى بعض نسبة في الانحراف والموازنة بالقياس الى الجهات وأجزاء المكان إن كان في مكان مثل القيام والقعود.[٤]

جـ -الملك :

وهو في اللغة:- ورد بعدة معان، أقربها الى المعنى الاصطلاحي إحتواء الشيء، والقدرة على التصرف فيه والاستبداد به[٥].

---

[١] التعريفات للجرجاني /ص٢٠.
[٢] المقولات للسجاعي /ص٤٩.
[٣] المقولات – للسجاعي / ص٥٦.
[٤] النجاة / لابن سيناء /ص ١٢٨.
[٥] المنجد /مادة الملك.

وفي الاصطلاح الفلسفي ورد بتعابير مختلفة منها أنه هيئة حاصلة للشيء بالنسبة لما يُحيط به وينتقل بانتقاله، كالالبسة التي يلبسها الانسان، وذلك كالتعمم والتقمص والتختم والتسلح،[1] والمراد لبس العمامة والقميص والخاتم والسلاح ونحو ذلك[2].

وجدير بالذكر إن الملك عرف بهذا التعريف الضيق قبل الميلاد بزهاء ثلاثمائة سنة، واستمر ترديده وانتقاله من السلف الى الخلف دون أن يجرأ أحد على تعديل هذا التعريف المتخلف وتبديله بما يتلاءم مع التطور البشري واتساع نطاق للملك، الذي هو من أهم مستلزمات الحياة البشرية، لذا أقترح تغيير معنى الملك الفلسفي بالآتي:

(الملك: إختصاص بين الانسان وما يختص به من الأشياء كليا أو جزئيا يُخوله صلاحية التصرف فيه واستعماله واستغلاله وحيازته وانتقاله من مكان الى آخر).

---

[1] قال العلامة الحلي في شرح تجريد الاعتقاد للطوسي (ص٢٥٧ ومايليها): مقولة الملك يشبه ان تكون نسبة الجسم الى ما حوله أو لبعض أجزائه كالتغنم فمنه ذاتي كالهرة عند إيهابها ومنه عرضي كبدن الانسان عند قميصه.

[2] التعريفات/ للجرجاني، القاضي عبدالنبي بن عبدالرسول الاحمد النكري – دستور العلماء أو جامع العلوم في اصطلاحات الفنون /٣/٢٢٤.

الباب الثاني

فلسفة المسؤولية الجزائية في ضوء الفعل والانفعال الفلسفيين

تناول الباب السابق المسؤولية واقسامها والفروق بين المسؤوليتين (الجزائية والمدنية)، ويبحث هذا الباب عن تأثير الظروف وما يتأثر بها من الركن الشرعي والركن المعنوي والعقوبة، في ضوء الفعل والانفعال الفلسفيين.

وبما ان المؤثر عبارة عن الظروف نرى من الضروري التعريف بها وبأنواعها في مقدمة هذا الباب كالآتي :-

الظرف في اللغة:

الوعاء ومنه ظروف الزمان والمكان عند النحويين.

وفي الاصطلاح القانوني الجزائي عارض ذاتي او خارجي له التأثير على القضايا الجزائية من حيث حجم الاجرام والعقاب.

وللاحاطة بتأثير الظروف من الضروري التعريف بانواعها، لان تأثيرها يختلف باختلاف طبيعة كل نوع منها:

انواع الظروف المؤثرة[1]

تنقسم الظروف المؤثرة في القضايا الجزائية الى انواع متعددة بحيثيات مختلفة كالآتي :

اولا: من حيث مصدرها: قانونية وقضائية.

١- الظروف القانونية: هي التي يُحددها المشرع بالنص عليها.

٢- الظروف القضائية: هي التي يستخلصها القاضي من وقائع الدعوى الجزائية.

ومن أهم الفروق الجوهرية بين هذين النوعين ما يأتي:

أ- الظروف(الاعذار) القانونية يتولاها المشرع وينص عليها القانون بخلاف الظروف القضائية فإنها تخضع لتقدير القضاء يستنتجها من وقائع الدعوى الجزائية وظروفها.

ب- الظروف القانونية بما انها من صنع القانون فإن المشرع هو الذي يقوم بتحديدها بالنص من حيث الاحوال التي توجد فيها ومن حيث مدى أثرها،

---

[1] د.محمود نجيب حسني–الموجز في شرح قانون العقوبات القسم العام ص٢٨ ومايليها. د.محمود محمود مصطفى–المرجع السابق ص ٤١ ومايليها.

الدكتور حميد السعدي: شرح قانون العقوبات العراقي الجديد، جرائم الإعتداء على الأموال ١٩٢/٢ ومايليها.

المحامي محسن ناجي: الأحكام العامة في قانون العقوبات على متون النصوص الجزائية ص٣٨٩ ومايليها.

الدكتور رؤوف عبيد: مبادئ القسم العام في التشريع العقابي ص١٥٨ ومايليها.

بخلاف الظروف القضائية فإن تحديدها من الحيثيات المذكورة يخضع لسلطة القاضي التقديرية.

ج- الظروف القانونية اما مشددة او مخففة او معفية، بخلاف القضائية فانها لا تكون معفية لأن القاضي لا يملك سلطة الاعفاء من العقاب ما لم ينص عليه القانون، كما لا يملك سلطة استحداث الجريمة والعقوبة.[١]

ثانيا : من حيث نطاق تطبيقها عامة وخاصة:

١-الظروف المؤثرة العامة : هي التي من شأنها ان تطبق في كل نوع من انواع الجريمة وتتأثر بها الجرائم كافة او اغلبها كظرف العود للتشديد فإنه يمتد نطاقه الى جميع الجنايات والجنح.

٢- الظروف للمؤثرة الخاصة: يقتصر نطاقها على جريمة معينة او جرائم محدودة كسبق الاصرار في تشديد عقوبة القتل او الجرح او الضرب او اعطاء المواد السامة الضارة او نحو ذلك، وكظروف علاقة القرابة والزوجية بين السارق والمسروق منه في تخفيف عقوبة السرقة.

ثالثا: من حيث مرتكب الجريمة موضوعية وشخصية :

١- الظروف الموضوعية او المادية: هي التي تتعلق بظروف ارتكاب الجريمة من ظرف زمان كالليل او مكان كالمحل المسكون في جريمة السرقة للموجب لتشديد العقوبة. ويطلق على الظروف المادية تعبير (الظروف العينية) ويتعلق هذا النوع بالجانب المادي للجريمة، وقد تتصل الظروف المادية بالنتيجة كافضاء الضرب او الجرح الى العاهة او الموت.

٢- الظروف الشخصية: وهي التي تتعلق بشخص الجاني وتصرفاته وارادته كظرف سبق الاصرار لتشديد عقوبة جريمة القتل والضرب العمد وكظرف كون السارق خادما في دار المسروق منه.

---

[١] الاستاذ الجندي عبدالملك—الموسوعة الجزائية ٤/٦٤٢

وللظروف الشخصية صورتان: -

احداهما: يفترض فيه الازدياد والتضاؤل في خطورة الارادة الجنائية كسبق الاصرار والاستفزاز.

والصورة الثانية : تفترض صفة في الجاني كصفة الخادم في السرقة وصفة الطبيب في الاجهاض.

ومن الواضح ان الصغر والجنون اللذين هما من موانع المسؤولية الجزائية يُعدان من الظروف الشخصية.

رابعا: من حيث تأثير الظروف في العقوبة وتأثرها بها:

يكون الظرف اما مخففا او مشددا او معفيا.

١- الظروف المشددة: هي التي تُعبر عن خطورة الجاني او جريمته وتنكشف هذه الخطورة بعد خروج الجريمة من حيز الامكان الى حيز الوجود كظرف عود المجرم الى ارتكاب الجريمة اكثر من مرة وكظرف سبق الاصرار في القتل او اقتران الجريمة بجريمة اخرى كقتل السارق للمسروق منه تسهيلا لارتكاب جريمة السرقة.

٢- الظروف المخففة للعقوبة: كاستفزاز المُجنى عليه للجاني وكالقتل غسلاً للعار وكارتكاب الجريمة تحت ضغط الإكراه او الضرورة او نحو ذلك من الظروف التي تكشف ان الجريمة نابعة من الصدفة او الظروف المؤثرة في نفسية الجاني غير الخطيرة.

٣- الظروف المُعفية للعقوبة: كظرف الدفاع الشرعي، وظرف اداء الواجب، وظرف استعمال الحق.

خامسا: من حيث الالزام والجواز:

تنقسم الظروف المؤثرة الى الالزامية والجوازية:

١- الظروف الالزامية المشددة:

هي التي توجب الزام القاضي بتشديد العقوبة كسبق الاصرار في القتل واقتران جريمة السرقة باستعمال العنف.

ومن الظروف المخففة الملزمة كون الجاني ناقص الاهلية.

٢- الظروف المشددة الجوازية: هي التي يكون التشديد بها خاضعا لسلطة القاضي التقديرية وتحديدها يكون متروكا لفطنته كالأخذ بنظر الاعتبار سوء سمعة الجاني.

ومن الظروف المخففة الجوازية شيخوخة الجاني او كونه معيلا لأسرة فقيرة او كونه حسن السمعة ونحو ذلك.

سادسا: من حيث طبيعة الظروف:

اما ان يكون الظرف جريمة في حد ذاته او يكون عملا مشروعا من حيث هو:

١- الظروف المؤثرة في العقوبة وتكون جريمة في حد ذاتها ككسر الباب والاختام المزورة تسهيلا لارتكاب جريمة السرقة، فكل من كسر الباب او الاختام يعتبره القانون جريمة، فإذا اقترنت هذه الجريمة بجريمة السرقة على القاضي ان يُشدد عقوبة السارق.

٢- الظروف المؤثرة التي لا تكون من الجرائم وهذا النوع هو الغالب وتطبيقاتها كثيرة إذا اقترنت بجريمة تعد مؤثرةً فيها رغم مشروعيتها في ذاتها كصفة الخادم في تشديد عقوبة سرقته، فالخدمة في البيوت ليست جريمة لكن ارتكاب الخادم والخادمة في دار المسروق منه يعده القانون ظرفا مشددا.

وبناء على هذا التمهيد فإن طبيعة الموضوع تتطلب توزيع دراسته من الناحية الشكلية على ثلاثة فصول، يخصص الاول لتأثير الظروف في الركن الشرعي للجريمة، والثاني لتأثير الظروف في الركن المعنوي، والثالث لتأثير الظروف في العقوبة.

الفصل الاول
تاثير الظروف في الركن الشرعي للجريمة

الجريمة عمل غير مشروع صادر عن ارادة جنائية يقرر له القانون عقوبة او تدبيرا احترازيا. سواء كان العمل نشاطا ايجابيا كالقتل بدون مبرر، او سلبيا كالامتناع عن القيام بفعل يفرضه القانون كامتناع الشاهد عن اداء شهادة واجبة عليه بدون عذر.

وتقوم الجريمة بصورة عامة على ثلاثة اركان وهي: -

الركن الشرعي، والركن المادي، والركن المعنوي .

الركن الشرعي: هو صفة غير مشروعة لفعل يكتسبها اذا توافرت فيه الشرطان التاليان:

احدهما ان يكون الفعل خاضعا لنص تجريمي يقرر فيه القانون عقوبة لمرتكبه.

والثاني ان لا يتوافر في هذا الفعل سبب من اسباب الاباحة.

الركن المادي: هو المظهر الذي تبرز به الى العالم الخارجي بحيث تتوافر فيه العناصر الثلاثة الاتية :

١- نشاط ايجابي او موقف سلبي ينسب الى الجاني.

٢- النتيجة الجرمية التي هي اثر لنشاط خارجي يتمثل فيه الاعتداء على حق يحميه القانون.

٣- علاقة السببية بين الفعل والنتيجة بحيث تثبت انها ترجع اليه.

الركن المعنوي: هو عبارة عن الارادة الآثمة المقترنة بالفعل الجرمي في صورة القصد الجنائي[1] او صورة الخطأ[1].

---

[1] ففي هذه الحالة توصف الجريمة بانها عمدية.

وجدير بالذكر ان هذه الاركان الثلاثة عامة تشترك فيها الجرائم بكافة انواعها وبالاضافة اليها يكون لكل نوع من انواع الجريمة اركان خاصة بها.

وتأثير الظروف في الركن الشرعي يعني تجريد الفعل الجرمي من صفته الجرمية واعادته الى الحالة التي كان عليها قبل التجريم وهي الإباحة.

واهم الظروف المؤثرة في الركن الشرعي ثلاثة وهي: -

١- الدفاع الشرعي: الذي نصت عليه قوانين العقوبات الجزائية في جميع دول العالم منها قانون العقوبات العراقي القائم[٢] في المادة (٤٢): (لا جريمة اذا وقع الفعل لحق الدفاع الشرعي).

٢- استعمال الحق: المنصوص عليه في المادة(٤١) منه: (لا جريمة اذا وقع الفعل استعمالا لحق مقرر بمقتضى القانون).

٣- اداء الواجب: المنصوص عليه في المادة (٣٩): (لا جريمة اذا وقع الفعل قياما بواجب يفرضه القانون).

وبناء على ذلك توزع دراسة هذا الموضوع على ثلاثة مباحث يخصص الاول للدفاع الشرعي والثاني لاستعمال الحق والثالث لاداء الواجب.

---

[١] وعندئذ توصف الجريمة بانها خطأ (غير عمدية) ينظر د.محمود نجيب حسني –الموجز في شرح قانون العقوبات المصري – القسم العام ط ١٩٦٧ص ٢٤

د.محمود محمود مصطفى –شرح قانون العقوبات المصري–القسم العام ط ١٩٨٢ ص١٧٩وما يليها

[٢] رقم ١١١لسنة ١٩٦٩

المبحث الأول
الدفاع الشرعي

الدفاع الشرعي المؤثر في الركن الشرعي هو الوقوف بوسيلة مناسبة ضد خطر حال يهدد حقا من الحقوق التي يحميها الشرع او القانون.

اركان الدفاع الشرعي ثلاثة :

الخطر، وحق تعرض للخطر، ورد مناسب.

ولكل ركن من هذه الاركان شروط خاصة به كالآتي:

أ- الخطر: يشترط فيه لتأثيره على الركن الشرعي ما يلي:

١- ان يكون مصدر الخطر عملا غير مشروع: فلا يحق للجندي ان يدافع ضد أمر آمره بالتقدم الى المعركة ضد العدو لان الخطر المتوقع بالنسبة للمأمور مشروع بذاته وبمصدره لكونه دفاعا شرعيا وقانونيا عن العرض والمال والنفس والبلد.

٢- ان يكون الخطر حالا: ويعتبر حالا في احدى الحالتين:

احداهما ان يوشك ان يقع ولم يقع بعد فاذا وقع ولم يكن مستمرا فالعمل الجرمي من المعتدي يخضع للسلطة العامة.

والثانية ان يقع الفعل ولكن يظل مستمراً و لم ينته بعد، ففي هذه الحالة يجب الدفاع لايقاف استمرار الخطر.

٣- ان تكون ارادة المعتدي جدية: فاذا كان المعتدي هازلا او مازحا او كان جديا ولكن لا يُمكن وقوعه لوجود حائل بينهما كنهر او حصن او نحو ذلك، فلا يجوز استخدام القوة لرد هذا الخطر.

٤- ان يكون الخطر حقيقيا: فلا يُعتد بالخطر الوهمي او الظني ما لم يكن الوهم او الظن مبنيا على اسباب معقولة.

٥- ان لا يزول الخطر قبل البدء بالدفاع ورد الاعتداء.

٦- ان لا يكون الاعتداء ناشئا عن تقصير المعتدي، فليس للمعتدى عليه حق الدفاع الشرعي اذا كان هو البادي بالاعتداء.

فمن فاجأ زوجته او إحدى محارمه متلبسة بجريمة الزنى فحاول الزوج قتلهما فليس لهما حق الدفاع الشرعي.

٧- ان يكون الاعتداء جريمة: فليس للتاجر الذي استورد موادا غير قابلة للاستعمال ان يدافع عنها اذا حاولت السلطة العامة اتلافها حفاظا على حياة المستهلك.

ب- من شروط الركن الثاني ان يكون الحق المعتدى عليه من الحقوق المحمية في القانون، فاذا كان الحق مهدرا فلا يجوز الدفاع عنه كمن حُكم عليه بعقوبة يستحقها فامتنع عن تنفيذها ودافع عن نفسه بحجة الدفاع الشرعي ضد الخطر.

ج- من شروط الركن الثالث:

١- ان يكون استعمال القوة لدفع الاعتداء ضروريا ولازما.

٢- ان تكون القوة المستعملة في الدفاع هي الوسيلة الوحيدة لبلوغ غاية دفع الخطر.

وبناء على ذلك ليس لحق الدفاع الشرعي وجود متى كان من الممكن الركون في الوقت المناسب الى الالتجاء بالسلطة العامة او بأية جهة اخرى من شأنها ان تنقذه من الخطر.

٣- ان تكون الوسيلة مناسبة لخطورة الاعتداء: فاذا كان الرد اقوى واشد يعتبر المدافع متجاوزا فيسأل عن القدر الذي حصل فيه التجاوز.

فالدفاع الشرعي اذا توافرت اركانه وشروطه وانتفت موانعه تؤثر في الفعل الجرمي وتحوله الى المباح وتُخرجه من كونه عملا جرمياً وقد تناولت قوانين العقوبات للبلاد العربية الحديثة ظرف الدفاع الشرعي المؤثر في العمل الجرمي بتحويله الى المباح واعادته الى ما كان عليه قبل التجريم.

ومن تلك القوانين: -

قانون العقوبات العراقي القائم(م ٤٢)، والمصري(م ٢٣٢)، والسوري (م١٨٣)، واللبناني (م ١٨٤)، والاردني(م ٦٠)، والجزائري(م ٣٩)، والتونسي (الفصل ٣٩)، والمغربي(م ١٤٢).

لكن اكثر هذه القوانين معيبة لانها خلطت بين اسباب الاباحة وموانع المسؤولية الجزائية فاعتبرت بعضا من الموانع اسبابا للاباحة.

وبالإضافة لذلك فانها خلطت بين عدم المسؤولية الجزائية وعدم العقاب فاستعملت المصطلح الثاني بدلا من الاول.[١]

أساس الدفاع الشرعي :

أساس كل شيء ما يُبنى عليه غيره وأساس الدفاع الشرعي ليس مصدره ولا عناصره وانما هو المبرر الفلسفي لمشروعيته وبالتالي جعله سببا من اسباب تحويل الفعل الجرمي إلى فعل مباح بتجريده من صفته الجرمية واخراجه من كونه مشمولا بالنص الشرعي الذي جرمه بناء على قاعدة تخصيص العام أو تقييد المطلق.

وقد وردت عدة نظريات بشأن تحديد أساس الدفاع الشرعي ولا تخلو كل واحدة منها من عيب أو نقص أو عدم مطابقة للواقع والحقيقة ونحاول ان نستعرض اشهر واهم تلك النظريات بايجاز فيما يأتي:

أولا- نظرية الإكراه المعنوي[٢]:

مضمونها ان الدفاع الشرعي يستند إلى اعتبارات شخصية مستمدة من نفسية المعتدى عليه وتأثره بضغط غير مشروع من شخص اخر يولد خوفا ورهبة في قلبه وبالتالي يدفعه إلى ما لا يرغب فيه في حالة عدم وجود الإكراه.

ويعتبر ما يقدم عليه المدافع ضد المعتدي ناشئا عن حالة الرعب التي تصيبه ومن مقتضيات الغريزة اللاارادية فلا مجال لمسؤوليته مادام لم يرتكب الجريمة باختياره وانما هو مُكره ومُسوق إلى ارتكابها فلا حول له ولا قوة، فعمله لا يستند إلى الخطأ الذي هو من اهم اركان المسؤولية، وقد مال إلى هذا الاتجاه كثير من كُتاب العصر الحديث في المانيا.[٣]

وتُنتقد هذه النظرية من أوجه متعددة منها:

١- أن المدافع يأتي ما يأتيه باختياره وإرادته الحرة وإدراكه الواعي وهو يتمالك لكل قواه العقلية والبدنية حين يقرر مدى خطورة الاعتداء ويختار لدفعها الوسيلة المناسبة رغم ضيق مجال اختياره.

---

[١] لمزيد من التفصيل ينظر مؤلفنا: أسباب إباحة الأعمال الجرمية، ص٧٦ ومايليها.

[٢] وهو ما يسمى الإكراه الملجىء في الفقه الاسلامي.

[٣] الاستاذ الدكتور محمد مصطفى القللي في المسؤولية الجنائية ص٣٠٥.

٢- الإكراه سواء كان معنويا أو ماديا في حد ذاته مانع من موانع المسؤولية الجزائية ومانع المسؤولية الجزائية اعم مطلقا من سبب الإباحة، فكيف يُعتبر اساسا لاباحة الدفاع الشرعي وتجريد الفعل من صفته الجرمية وبالتالي إلى رفع المسؤوليتين الجزائية والمدنية؟

٣- واذا سلمنا جدلا ان الاساس هو الإكراه في حالة الدفاع الشرعي عن حياته وعرضه أو ماله، فكيف يُصلح اساسا في حالة الدفاع عن حياة الغير مع انه في هذه الحالة يتطوع باختياره وارادته الحرة للقيام بهذا الدفاع.

٤- الأخذ بهذه النظرية يستلزم عدم مساءلة المتهم الهارب عن العدالة عن مقاومته ضد من يريد القاء القبض عليه من السلطة العامة، لأنه في هذه الحالة يجد نفسه مكرها على مقاومته بمقتضى غريزته فيقاوم ما ليس في مصلحته.

وبناء على هذه الانتقادات والملاحظات لا يصلح الإكراه ان يكون اساسا للدفاع الشرعي.

ثانياً- نظرية مجازاة الشر بالشر:

مضمون هذه النظرية هو ان ما يقوم به المدافع عمل اجرامي به يدفع جرم المعتدي فهو يشبه المقاصة في الديون والالتزامات المدنية، فالأساس مقاصة بين شر المعتدي وشر المعتدى عليه، واذا سقط بالمقاصة والمجازاة فلا يبقى مبرر لمساءلة المدافع، فجزاء الشر بالشر لا يترتب عليه الجزاء العقابي ولا الجزاء المدني وبالتالي لا توجه إلى المدافع المسؤولية الجنائية ولا المسؤولية المدنية.

ويناقش هذا الأساس من أوجه متعددة منها ما يأتي:

١- أن المقاصة تتطلب مساواة طرفيها، وهذه المساواة لا تتحقق في الدفاع الشرعي عندما يكون شر المعتدي مجرد تهديد بخطر حال وشر المعتدى عليه قد يكون قتلا.

٢- خلط هذا الرأي بين الدفاع الشرعي وحق العقاب، فالأول ليس عقابا وانما هو وسيلة لدفع خطر محدق.

٣- لو صحَ القول بأن الدفاع الشرعي مجازاة شر بشر، لما جاز للسلطة العامة ان تعاقب المعتدي على جريمة اعتدائه بعد الرد بالدفاع إذا لم يؤدِ الدفاع إلى هلاكه الجسدي كليا، لانه لا يجوز ان يعاقب شخص مرتين على جريمة واحدة، في حين ان المعتدي إذا بقي على قيد الحياة بعد اعتدائه ودفعه فانه يُحال إلى القضاء لمساءلته ومحاسبته.

ثالثاً- نظرية تضارب المصالح وترجيح مصلحة المدافع:

تقوم هذه النظرية على اساس فكرة الموازنة بين المصالح المتضاربة، لان القانون كما يحمي حقوق المعتدى عليه كذلك يحمي حقوق المعتدي، غير ان المعتدي قد أهدر نفسه في حماية حقوقه باقدامه مسبقا على الاعتداء، وعلى هذا الاساس يُبيح القانون التضحية بالمصلحة الاقل اهمية (مصلحة المعتدي) في سبيل حماية المصلحة الاكثر اهمية (مصلحة المعتدى عليه).

ويُنتقد هذا الاساس من الاوجه التالية:

١- الاصل في القانون انه يحمي الحقوق كافة بغضّ النظر عن درجة اهميتها، فلا يوجد هنالك درجات للاهمية من حيث الحماية القانونية.

٢- لو صح ان المعتدي يفقد حرمة مثل الحق الذي اعتدى عليه لكانت النتيجة المنطقية ان السارق يفقد حرمة مُلكه لاعتدائه على ملك الغير، ويفقد حرمة عِرضه لانه اعتدى على عرض الغير وهكذا، وهذا امر غير وارد في ميزان الشرع ومنطق القانون.

٣- ان هذا التعليل لتبرير الدفاع الشرعي وعده من اسباب الاباحة وبالتالي اسقاط الضمان الجزائي والضمان المدني، إذا سلم به بالنسبة لذوي الاهلية من المعتدين، فانه لا يُبرر الدفاع الشرعي ضد عديمي الاهلية في حالة اعتدائهم على حقوق الغير، لأنه لا يمكن ان يُنسب اليهم انهم هتكوا حقا للغير بارادتهم وبالتالي أهدروا حقوقهم المحمية قانوناً.

رابعاً - نظرية انتصار القانون:

يُبرر انصار هذه النظرية مشروعية الدفاع الشرعي واعتباره سببا من اسباب الاباحة بأن الاعتداء الاجرامي نفي لحكم القانون ودفع لهذا النفي ونفي النفي اثبات وبالتالي أن دفع الاعتداء بالاعتداء تأييد للقانون وانتصار له.

ومن الانتقادات التي يمكن ان توجه إلى هذه النظرية انه لو سلمت هذه الفكرة لجاز لكل فرد ان يُمثل السلطة العامة ما دام تصرفه يناصر القانون ويزيده وهذا مرفوض، لان الدفاع عن الفرد والمجتمع هو من مظاهر سيادة الدولة، اما التدخل بدون مبرر قانوني فهو اعتداء على هذه السيادة.

خامساً ـ فكرة الرجوع إلى الأصل:

ومفادها ان الاصل هو ان يدافع كل فرد عن نفسه، كما كان كذلك قبل انشاء الدولة وبعد انشائها انتقل حق الدفاع من الفرد إلى المجتمع الذي تمثله الدولة، لان المجتمع (أو الدولة) اقدر على هذا الدفاع، وفعله أبعد من الفوضى، وان الفرد اقرب إلى حدوث الاضطرابات والمضاعفات السلبية، ولكن إذا عجزت السلطة العامة التي تمثل المجتمع عن اغاثة الفرد المعرض لخطر مُحدِق حين الاعتداء. عليه فإن له ان يسترد حقه الاصلي في حماية نفسه أو عرضه أو ماله ما دام المجتمع عاجزا عن تلك الحماية أو غائبا.

ويَرِد على هذه الفكرة عدة ملاحظات منها:

١ـ ان هذه الفكرة متأثرة إلى حد بعيد بنظرية العقد الاجتماعي لجان جاك روسو ومن حذا حذوه في تنازل الافراد للمجتمع عن حقوقهم مقابل حماية المجتمع لهم، وهذه فكرة خيالية لا تخرج عن نسيج الخيال وليس لها واقع ملموس في تأريخ البشرية، لأن مثل هذا العقد لا يُتصور في عصر لم تكن وسائل المواصلات موجودة بين الاسر البشرية المتباعدة بمسافات لا يعلم بعضها مكان بعض.

٢ـ في هذه الفكرة خلط بين الدفاع وبين العقاب لان الفرد عندما كان يدافع عن نفسه قبل الدولة كان دفاعه مبنيا على اساس عقاب المعتدي.

٣ـ إذا سُلِمت هذه الفكرة جدلا لتبرير دفاع الشخص عن حقه المعرض للخطر، فإنها لا تصلح ان تكون مبررةً للدفاع عن حق الغير في حين ان الدفاع الشرعي عام شامل للدفاع عن حقوق المدافع وحقوق الغير ولو لم يكن لهذا الغير صلة به.

سادساً ـ فكرة الباعث الشريف:

ومفادها ان اعتداء المعتدي على مصالح الغير يكشف عن خطورته على المجتمع ودفع المدافع المعتدى عليه لخطر المعتدي ليس إلا عملا يخدم مصلحة المجتمع ويبعد عنه خطر المعتدي عليه، فعمله من قبيل العدل الاجتماعي ومن مصلحة المجتمع استئصال جذور تلك الخطورة.

وما يقوم به المدافع ليس إلا عملا نابعا عن هذا الواقع ولذا يُعد من اسباب الاباحة ويسقط عنه المسؤولية بكافة انواعها.

ويلاحظ على هذه الفكرة بأنها لا تشمل حالة كون كل من المعتدي والمعتدى عليه من

الأشرار الخطرين على المجتمع، فليس للمجتمع مصلحة في إبقاء احدهما وإفناء الآخر.

سابعاً ـ حماية مقاصد الشارع ومصالح الناس:

هذا الاساس للدفاع الشرعي هو ما أقرته الشريعة الإسلامية منذ بدايتها، لان مقاصد الشرع والقانون هي حماية مصالح المجتمع والافراد، وقد نص القران الكريم على هذه الحقيقة في قوله تعالى: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلاَّ رَحْمَةً لِلْعَالَمِينَ﴾ ومن الواضح ان هذه الصياغة الكلامية (النفي بعد النفي) للحصر في ميزان علم البلاغة، فحصر سبحانه وتعالى الغاية من الرسالة المحمدية في تحقيق مصالح الاسرة البشرية، لأن الرحمة بمعنى المصلحة الإنسانية سواء كانت ايجابية (المنفعة المستجلبة) ام سلبية (المضرة المستدرأة) وسواء كانت مادية ام معنوية، دنيوية ام أخروية.

وعلى هذا الأساس يكون الدفاع عن المصلحة المشروعة واجبا لحمايتها سواء كان هذا الدفاع من السلطة العامة أو من الأفراد، لأن الكل مسؤول عن هذه الحماية كما قال الرسول ﷺ (كلكم راع وكل راع مسؤول عن رعيته).

ولو سُلب الدفاع الشرعي عن كل انسان يتعرض لخطر حال لأدى ذلك إلى تشجيع المفسدين في الارض على التمادي في الاعتداء على ارواح الابرياء واعراضهم واموالهم، لانه ليس بإمكان السلطة وحدها مكافحة الفساد وعلى هذا الاساس لا يُسأل جنائيا ولا مدنيا من يساهم في تأمين الاستقرار والطمأنينة وإبعاد شبح الفوضى والفساد عن الفرد والمجتمع.

المبحث الثاني
استعمال الحق الشخصي

وهو حق يقرره له القانون اذا توافرت اركانه وشروطه القانونية وانتفت موانعه.

ومن اهم شروطه : -

١- وجود حق مقرر بمقتضى القانون: والمراد بالقانون في هذا الشرط مطلق القاعدة القانونية ولا يُشترط فيها ان تصدر من السلطة التشريعية.

ويشمل القانون الشريعة الاسلامية في العالم الاسلامي باعتبارها من النظام العام.

٢- استعمال الحق على ان يكون عمله ضروريا لهذا الاستعمال.

٣- ان يكون استعمال الحق من صاحبه فلا يستعمله الا من يُخوله القانون به.

٤- ارتكاب الفعل في الحدود المقررة للحق.

ومن الواضح ان لكل حق حدودا فمن يخرج عليها يتجاوز او يُسيء استعمال الحق ويكون حكمه حكم من لا يستعمل الحق.

٥- ان يكون حَسن النية: ويكون استعمال الحق غير مشروع اذا قصد به الاضرار بالغير.

٦- ان يكون الحق مؤكدا: اما اذا كان الحق متنازعاً عليه فلا يجوز لمن يدعيه ان يُقرره لنفسه ويستعمله بناءً على ذلك، وانما عليه ان يسلك الطريق الذي رسمه القانون لتقرير الحقوق عند التنازع وهو الطريق القضائي.

من اهم تطبيقات استعمال الحق: -

أ- تأديب الزوج لزوجته وفق احكام الشريعة الاسلامية.

ب- تأديب الولي للقاصر اذا لم يبلغ خمس عشرة سنة او بلغها وكان في كنف القائم على تربيته حتى يبلغ سن الرشد.

ج- حق ممارسة الاعمال الرياضية على ان يتقيد اللاعب بشروط ممارسة هذا الحق وفقا للقانون الذي يُنظم هذا العمل كل في بلده او بموجب القواعد العامة الدولية المتعلقة بتنظيم هذه الالعاب.

د- حق التطبيب في علاج المرضى مع مراعاة الشروط الاتية: -

١- الترخيص بالعلاج قانوناً.

٢- ان يكون عمله بقصد العلاج.

٣- ان يرضى المريض او ذووه بالعلاج.

٤- ان لا يقع من الطبيب اي اهمال.[١]

وتأثير الظروف المذكورة في الركن الشرعي هو ان العمل الجرمي يتحول الى مباح كما كان قبل التجريم فلا يُسأل مرتكبه لا جزائيا ولا مدنياً.

ومن القوانين الجزائية العربية الحديثة التي تناولت استعمال الحق بالبحث والعلاج كسبب من اسباب الاباحة وظرف من الظروف المؤثرة في الركن الشرعي: -

قانون العقوبات العراقي القائم (م ٤١)، والسوري(م ١٨٢)، واللبناني(م ١٨٣)، والاردني(م ٥٩)، والكويتي (م ٢٨)، والتونسي(الفصل ٤٢)، والمصري(م ٦٠)، والجزائري(م ٣٩).

ولم يكن المشرع العراقي موفقاً في (م ٤١/٤) (اعمال العنف التي تقع على من ارتكب جناية او جنحة مشهودة بقصد ضبطه).

حيث اعتبر مضمون هذه الفقرة الرابعة من باب استعمال الحق مع انه من اداء الواجب كما هو واضح لمن له أدنى ادراك.

---

[١] د.محمود محمود مصطفى – المرجع السابق. ص ١٦٠وما يليها.

المبحث الثالث

اداء الواجب او (استعمال السلطة)

من الظروف المؤثرة في الفعل الجرمي ظرف اداء الواجب او استعمال السلطة لصلاحياتها سواء كانت تشريعية او قضائية او تنفيذية.

ومن الواضح ان المفروض ان توجد في كل دولة هذه السلطات الثلاث التي يحدد الدستور صلاحياتها واختصاصاتها، ولكن استعمال هذه الصلاحيات قد يمس حقوق الغير ويضر بمصالحه الخاصة التي يحميها القانون.

وبما ان هذا الاستعمال يكون الغرض منه حماية المصالح العامة (حماية النفس والعرض والمال واستقرار الامن والامان) تجب رعايتها وتقديمها على حماية المصالح الخاصة عند التعارض بمقتضى القاعدة العامة المتفق عليها في الشريعة والقانون (اذا تعارضت المصلحة العامة والمصلحة الخاصة تُقدم العامة).

والمراد بالسلطة المسموح لها المس بمصالح الغير في الحدود القانونية كلما اقتضت المصلحة العامة ذلك: -

هو كل من كُلف بخدمة المصلحة العامة بصورة دائمية او وقتية.

ومن اهم شروط ظرف استعمال السلطة العامة للتأثير على العمل الجرمي وتحويله الى المباح ما يأتي: -

١- ان يكون ممن تولى قدرا من السلطة العامة بصفة دائمة او مؤقتة او تُمنح له هذه الصفة بمقتضى القوانين واللوائح والتعليمات الوزارية او الصادرة من جهة رسمية اخرى سواءاً كان يتقاضى مرتبا من المالية العامة كالموظفين المعينين في دوائر الدولة بطريقة قانونية رسمية ام كان محتسبا(متطوعا) يقوم بالعمل بدون مقابل قيامها بالامر بالمعروف والنهي عن المنكر اذا توافرت فيه شروط واهلية القيام بهذه المهمة[1].

---

[1] ينظرمؤلفنا لسباب الاباحة في موضوع الدفاع الشرعي العام الداخلي.

٢- صدور امر اليه من رئيسه اذا كان موظفا في حدود اختصاصه القانوني اذا وجبت طاعة الرئيس او اعتقد الموظف وجوب طاعته اذا كان هذا الاعتقاد مبنيا على مبررات معقولة.

٣- ان يكون حسن النية، فاذا صدر التصرف من الموظف العام تنفيذا لامر رئيسه وكان التصرف مخالفا للقانون، فان حسن نية الموظف يتطلب توافر العنصرين الاتيين: -

احدهما: ان يكون الموظف في وضع يُطالبه فيه القانون طاعة رئيسه او كان معتقدا ذلك لاسباب مقبولة.

والثاني: ان يعتقد مشروعية الفعل الذي يقدم على تنفيذه، لأن الطاعة لا تجب لرئيس على مرؤوسه في مخالفة القانون ما لم تكن هذه المخالفة للمصلحة العامة.

٤- التثبت والتأكد والتحري من مشروعية الإجراءات التي يقوم بها الموظف في حالات استعمال السلطة.

وعلى سبيل المثل لا يجوز هتك حرمة المسكن والدخول فيه بدون اذن مسبق من صاحب المسكن او ذوي العلاقة.

ورعاية الإجراءات والشكليات التي يفرضها القانون في حالة مس حقوق الغير واجبة على كل من يستعمل سلطته في اداء الواجب، واذا توافرت الشروط المذكورة وغيرها مما يتطلبه القانون يكون تصرف الموظف صحيحاً قانونا ومباحا والاباحة تحول دون امكان مساءلته جزائياً ومدنياً[1].

ومن القوانين العربية الجزائية الحديثة التي عالجت موضوع اداء الواجب كسبب من اسباب الاباحة وظرف مؤثر في الركن الشرعي: قانون العقوبات العراقي القائم (م ٣٩)، والمصري (م ٦٣) والكويتي(م ١٣٧)، والمغربي (الفصل ١٢٤)، واللبناني(م ٢٢٦)، والسوري(م ٢٢٢)، والليبي (م ٦٣-٦٩)، والاردني، (م ٦١)، والبحريني(م ٢٢).

وجميع التطبيقات القانونية المذكورة في الفصل الأول تعتبر من باب تأثير الظروف المؤثرة على الركن الشرعي للجريمة وتأثره بها وأثر هذا التأثير والتأثر فلسفياً هو صيرورة العمل الجُرمي إلى المباح كما كان عليه قبل التجريم.

---

[1] ينظر د.نجيب محمود حسني، المرجع السابق ص ١٧١ومايليها.
د.رؤوف عبيد – مبادىء القسم العام من التشريع العقابي ط/١٩٧٩ص ٥١٩ومايليها.

الفصل الثاني
الظروف المؤثرة في الركن المعنوي

الظروف المؤثرة في الركن المعنوي للجريمة اما شخصية لا ارادية او ارادية او خارجية لا ارادية، والشخصية اما ذاتية او عرضية.

وبناء على ذلك توزع دراسة هذه الظروف من الناحية الشكلية على خمسة مباحث يخصص الاول للصغر والثاني للجنون والثالث للسُكر والرابع للاكراه والخامس للضرورة.

المبحث الاول
ظرف الصُغر

الصغر: هو ظرف داخلي ذاتي لا ارادي. وبذلك يكون من الصفات الذاتية اللازمة للانسان بحيث يولد مع ولادته ولا ينفك عنه بأية طريقة علاجية، بل يبقى مستمرا مع حياته الى ان يدخل سناً معينة، فهذا الظرف لا يُحَوِل الفعل الجرمي الى المباح بل يبقى محتفظا بصفته الجُرمية ولكن لا يجتمع مع الركن المعنوي الا بعد دخوله سن التمييز، وهو فى القضايا المدنية في التشريعات العراقية اكمال السابعة من العمر والدخول في الثامنة.[1] وبالنسبة للقضايا الجزائية اكمال التاسعة والدخول في العاشرة.[2] فكل انسان ارتكب عملا جرميا وكان دون سن التمييز لا تُقام ضده الدعوى الجزائية فلا يُسأل جزائيا ولا يُعاقب، لكن يُسأل مدنيا عن تعويض الاضرار التي يُحدثها في مال الغير باعماله غير المشروعة، فإذا كان له المال يُدفع التعويض منه والا فيدفعه وليه ثم يرجع عليه متى حصل له المال.[3]

---

[1] القانون المدني العراقي النافذ رقم (٥١) لسنة ١٩٥٠. المادة(٩٧/٢).

[2] المادة (٤٧) من قانون رعاية الاحداث رقم ٧٦ لسنة ١٩٨٣.

[3] المادة (١٩١) من المدنى العراقى القائم التي نصها:

هذا خلافا للفقه الغربي والقوانين العربية المتأثرة به كالقانون المصري والسوري الذي ذهب الى عدم مسؤولية عديم التمييز جزائياً ومدنياً، والسرّ في هذا الخلاف هو ان الفقه الاسلامي والقوانين المتأثرة به كالقانون المدني العراقي لا يشترط توافر الركن المعنوي في الخطأ الذي هو عنصر من العناصر الثلاثة للمسؤولية التقصيرية، بل يكفي لتحقُق هذه المسؤولية الركن المادي وهو الاخلال بواجب قانوني او(شرعي).

وبناء على ذلك تكون عناصر المسؤولية التقصيرية كالآتي: -

(العمل غير المشروع - الضرر- علاقة السببية) بينما في الفقه الغربي تكون العناصر (الخطأ - الضرر- علاقة السببية).

والفرق الجوهري هو ان الخطأ في الفقه الغربي عبارة عن الاخلال بواجب قانوني مع ادراك المخل إياه.

فتكون اركان الخطأ إثنين، مادي ومعنوي:

١- الركن المادي : وهو الاخلال بواجب قانوني.

٢- الركن المعنوي : وهو ادراك المخل بأنه اخلّ بواجب قانوني.

وهذا الركن الثاني غير مطلوب في الفقه الاسلامي والقوانين المتأثرة به، بل يكفى توفر الركن المادي وحده الذي يسمى العمل غير المشروع.

القوانين الجزائية المعاصرة التي عالجت موضوع الصغر :

الاصل في الانسان تمام العقل والاستثناء خلاف ذلك وهذا من البديهيات، فلا حاجة للنص عليه في القانون ورغم ذلك نصت المادة (٩١) من القانون العقوبات الاردني والمادة (١٢) من البحراني والمادة (١٤) من القطري على انه (يفترض في كل انسان انه كان سليم العقل وقت ارتكابه الفعل المكون للجريمة ما لم يثبت العكس).

١- اذا اتلف صبي مميز او غير مميز او مجنون أو من في حكمهما مال غيره لزمه الضمان في ماله.

٢- واذا تعذر الحصول على التعويض من اموال من وقع عليه منه الضرر ان كان صبيا غير مميز او مجنونا جاز للمحكمة ان يُلزم الولي او القيّم او الوصي بمبلغ التعويض، على ان يكون لهذا الرجوع بما دفعه على من وقع منه الضرر.

ومن قوانين العقوبات العربية التي عالجت الصغر والجنون من حيث انهما من الظروف الشخصية المؤثرة في الركن المعنوي بحيث تتأثر بهما المسؤولية الجزائية كما يأتي :

ظرف الصغر:

يولد الانسان فاقد الادراك عاجزا عن التفكير السليم، ثم يتدرج نمو مداركه حتى يصل سن التمييز.

غير ان قوانين العقوبات العربية اختلفت في تحديد مدة الدخول في سن التمييز، فنص القانون السوداني (م ٤٩)، والقطري (م ١٨)، واللبناني (م ٢٣٧)، والمصري (م ٦٤)، والكويتي (م ١٨) والأردني (م٩٤) على ان الصغير الذي تقل سنه عن اكمال سبع سنوات من عمره لا يُسأل جزائيا.

ونص قانون رعاية الأحداث العراقي (م٤٧) وقانون سلطنة عمان (م١٠٤): ما لم يتم التاسعة من عمره لا يسأل جزائيا.

وحدد القانوني المغربي (الفصل ١٣٨) سن التمييز بـ(١٢) سنة، والجزائري (م٤٩)، والليبي (م٨٠) بـ(١٤) سنة، لكن تُتخذ ضده تدابير لحماية او التهذيب والتربية وحددها العراقي (٤٧)، والبحراني (م ١٠) بـ(١٠)سنوات.

ومن الواضح ان القوانين التي حددت سن التمييز بـ(٧) سنوات منتقدة بشدة والمرحلة المعقولة هي (١٠) سنوات كما اختارها المشرع العراقي وحسناً فعل.

المبحث الثاني

ظرف الجنون (١)

الجنون في اللغة:- من تتبع اللغة العربية يجد ان كل كلمة مشتقة من مادة (ج.ن) تدل على ما هو مستور وغير مُدرك باحدى الحواس الخمس الظاهرة مباشرة كالجن والجان والجنين والجنة ونحو ذلك.

وفي الاصطلاح : اختلال في الدماغ يؤدي الى فقدان التمييز بين الخطأ والصواب.

والجنون يُعدم القصد الجنائي وبالتالي الركن المعنوي للجريمة ويكون اثره هو عدم مسائلة الجاني المجنون جزائيا.[٢] ولا تُرفع الدعوى ضده ولا يُقدم للقضاء اذا ثبت له هذا العارض طبيا.

اقسام الجنون:

للجنون اقسام متعددة بحيثيات مختلفة منها : -

١- من حيث تكونه اما اصلي او طارىء.

أ- الاصلي: هو ان يبلغ الشخص مجنونا وهذا الجنون لا يرجى شفاؤه وعلاجه عادة.

ب- الطارىء: هو الذي يصاب به الانسان بعد البلوغ لاسباب ارادية كالادمان والتسمم بالكحول او لا ارادية كالمفاجئات والاصطدامات والجروح في الدماغ ونحو ذلك وهذا يرجى شفاؤه وزواله بالعلاج.

٢- من حيث مدى تأثيره كلي وجزئي:

أ-الكلي: هو الذي يؤدي الى فقدان المصاب به تمييزه وادراكه في كل شيء وفي جميع الحالات.

ب-الجزئي: هو الذي يكون من ناحية معينة وفيما عداها يملك القوة العقلية.

٣-من حيث الاستمرارية مطبق ومتقطع:

---

[١] اللبناني (م٢٣١) ومايليها، والأردني (م٩١) ومايليها، قانون سلطنة عمان (م١٠١)، وما يليها والقطري (م١٩) واليمني (م٣٣) والسوري (م٢٣٠).

[٢] يُنظر المادة (٦٠) من قانون العقوبات العراقي القائم.

أ-المطبق: هو الجنون المستمر سواء كان اصليا ام عارضيا وسمى مطبقا لانه يستوعب كل اوقات المجنون.

ب- المتقطع او(المنقطع): وهو الذي تتخلله فترات الافاقة.

أثر ظرف الجنون فيما يتعلق بالمجنون :

١- اثر الجنون في المسائل المتفق عليها :

لاخلاف في انه ليس له التأثير على الآتي:

أ-اهلية الوجوب الكاملة فتبقى حقوقه المالية وغير المالية (كالزوجية) وله حق كسب الملكية كالميراث والوصية والهدايا والهبات وغيرها مما لا يحتاج الى القبول.

وعليه بعض الالتزامات كالنفقة بالزوجية والقرابة اذا كان له المال.

ب- يكون مسؤولا مسؤولية تقصيرية فاذا اتلف مال الغير يجب في ماله الضمان.

ج- لا خلاف في تأثير هذا الظرف على مسؤوليته الجزائية لانه يعدم الركن المعنوي (القصد الجنائي) وبالتالي يكون مانعا من المسؤولية الجزائية والعقاب اذا ارتكب جريمة أثناء جنونه.

د- لا خلاف في انه يعدم اهلية الاداء بقسميها (الكاملة والناقصة).

هـ- لا خلاف في انه اذا جن وزال قبل ارتكاب الجريمة لا تأثير له على الركن المعنوي فيسأل جزائيا.

و- لا خلاف في انه اذا جن بعد ارتكاب الجريمة توقف جميع الإجراءات القانونية ضده واذا مات مجنونا تسقط المسؤوليته الجزائية ولا تنتقل الى الورثة، اما اذا شُفي قبل الموت فتبدأ الإجراءات القضائية ضده في النقطة التي توقفت فيها.

ز- لا خلاف في ان على القاضي ان يستعين بالاطباء المختصين لمعرفة ثبوت الجنون ودرجته.

ح- لا خلاف في وجوب التدابير الوقائية والاحترازية ضده لمنعه من الاعمال الضارة بالغير.

٢- من المسائل المختلف فيها:

أ-الاختلاف في وجوب الزكاة في ماله لان الزكاة عبادة فيها المؤنة فمن غلب جانب العبادة قال بعدم وجوب الزكاة في ماله، ومن غلب جانب المؤنة قال بوجوب الزكاة في ماله.

ومن وجهة نظري انه تجب التفرقة بين المحصولات الزراعية والثروة الحيوانية والنقود التي تُستثمر في الاعمال التجارية فتجب فيها الزكاة.

اما اذا كانت اموال المجنون نقودا مجمدة فلا تجب فيها الزكاة لانها تقل نسبتها بالزكاة فيتضرر المجنون والضرر مرفوض في الاسلام، قال الرسولﷺ: (لا ضرر ولاضرار).

ب- الاختلاف في مسألة مسؤولية عاقل شارك المجنون وساهم معه في ارتكاب جريمة، فقال بعض الفقهاء: -[١]

يستفيد العاقل من ظرف المجنون فلا يُسال جزائياً شأنه شأن المجنون ويرى الاخرون انه لا يستفيد العاقل من عذر جنون المجنون فاذا شارك او ساهم في ارتكاب جريمة يُسأل العاقل كأنه ارتكب الجريمة وحده.

وفي رأينا المتواضع هذا القول الاخير هو الصائب لان الجنون صفة شخصية قائمة بالمجنون نفسه وليس كسبب الاباحة لان صفة الاباحة قائمة بالفعل دون الفاعل فيستفيد منه المشارك والمساهم في الفعل.[٢]

ظرف الجنون في القوانين:

اعتبرت القوانين العربية الجزائية المعاصرة المرض العقلي ظرفاً مؤديا الى فقدان الاهلية الجزائية لتأثيره في الركن المعنوي، حيث يحول دون مسائلة المصاب به جزائياً، غير ان هذه القوانين اختلفت في التعابير عن هذا المرض العقلي.

فاستعمل القانون الجزائري(م ٤٧)، واللبناني(م ٢٣١)، والسوري(م ٢٣٠): تعبير (الجنون) فهي اضيق النصوص في التعبير لانه لا يشمل العاهات العقلية كلها.

واستعمل العراقي(م ٦٠)، والمصري (م ٦٢) والسوداني(م ٥٠): (العاهة العقلية) بالاضافة الى تعبير(الجنون) ومن الواضح ان تعبير العاهة العقلية يشمل حالات الامراض العصبية والنفسية التي تُجرد الانسان من الادراك.

---

[١] كالحنفية والشافعي في احد قوليه والحنابلة في الرأي الراجح.

[٢] لمزيدمن التفصيل يراجع مؤلفنا– موانع المسؤولية الجزائية في الشريعة الإسلامية والتشريعات الجزائية العربية ص ٣٧وما يليها.

واستعمل المغربي (الفصل ١٣٤): (خلل في قواه العقلية) والاردني (م ١٩٢/١) (اختلال في العقل)، والكويتي (م ٢٢) (مرض عقلي أو نقص في نموه الذهني او اية حالة عقلية أخرى غير طبيعية)، والليبي(م ٨٣) (عيب كلي عقلي ناتج عن مرض). ويعد تعبير البحراني (م ١٥/١) وهو (اي مرض او نقص او حالة يؤثر وتؤثرعلى عقله) احسن واشمل التعابير.

المبحث الثالث

ظرف السُكر [1]

السكر: وهو ظرف شخصي ارادي وينحصر هذا الظرف في السكر الناشيء عن تعاطي المسكرات والمخدرات اذا كان هذا التعاطي ناشئا عن الجهل بتحريمها او ظانا انها مادة غير مسكرة او غير مخدرة او تناولها تحت ضغط الإكراه او الضرورة.

فالسكر في هذه الحالات يكون ظرفا مؤثرا يتأثر به الشخص السكران وبالتالي يكون مانعا من موانع المسؤولية الجزائية وظرفا مؤديا الى فقدان الركن المعنوي.

القوانين الجزائية التي عالجت هذا الموضوع كالاتي:

السكر ظرف عارض ارادي ينحرف فيه الوعي، او تضعف السيطرة على الارادة نتيجة لمادة تناولها المسكر وتأثر بها فهو ظرف وقتي، اما التسمم الحاصل من تعاطي المخدرات او المسكرات فإنه يدخل في ظرف الاختلال العقلي.

وقد اعتبرت التشريعات الجزائية العربية المعاصرة السكر غير الاختياري سبباً لتخلف الركن المعنوي (القصد الجنائي) بعد تأثر السكران وزوال أهليته الجزائية إذا توافرت فيه الشروط الاتية: -

١-ان يكون السكر غير اختياري، ويكون غير اختياري في احدى الحالات الاتية:

أ- أخذ الشخص المسكر دون رضاه بأن يتعاطاه تحت ضغط الإكراه الملجيء.

---

[1] الدكتور محمود نجيب حسني، المرجع السابق ص٤٤٣، الدكتور رؤوف عبيد، المرجع السابق ص٦٤٤ ومابليها، الدكتور محمود محمود مصطفى، المرجع السابق، ص٣٥٠ ومابليها.

لكن اختلفت هذه القوانين في التعبير فاستعمل القانون السوداني(م٥٠/ب) عبارة (دون رضاه) والقطري (م١٩/ب) تعبير (رغم إرادته) واستعمل الأردني (م٩٣) عبارة (دون رضاه)، والبحراني (م١٦/٢/أ) تعبير(دون موافقته) والعراقي (م٦٠) تعبير(قسرا) والسوري (م ٢٣٤) واللبناني (م٢٣٥) والليبي (م ٦٧) عبارة (القوة القاهرة).

وهذه التعابير المختلفة كلها تعني معنى واحدا وهو عدم الاختيار للمسكر في تعاطي المادة المسكرة.

ب- عدم العلم بماهية المادة المسكرة او طبيعتها بأن يجهل إن ما يتعاطاه مادة مسكرة أو مخدرة.

ج- تعاطي المسكر او المخدر في الحالات الأضطرارية:

وقد ورد في قوانين : السوري (م ٢٣٤)، واللبناني (م ٢٣٥)، والليبي (م٨٧) تعبير (نتيجة حادث طارىء او مفاجىء).

٢-فقدان الشعور والاختيار: وهذا شرط اساس لفقدان الاهلية الجزائية، واذا لم يكن فاقد الشعور والادراك كليا يُعد السكر ظرفا مخففا للعقوبة المقررة لجريمته التي ارتكبها في حالة السكر.

وقد عالجت التشريعات الجزائية العربية واهتمت به كما في العراقي (م٦٠)، والليبي (م ٨٧) والسوري (م ٢٣٤) واللبناني (م ٢٣٥) والمصري (م ٦٢)، والاردني(م ٩٣)، والبحراني (م ١٦) والسوداني (م ٥٠)، والقطري (م ١٩)، والكويتي (م ٢٣).

٣-ان يكون فقدان الشعور او الاختيار والادراك معاصرا لارتكاب العمل الجرمي، وقد استعملت التشريعات الجزائية المذكورة هذا الشرط تحت عنوان (ان يكون الشخص في حالة السكر غير الاختياري عند ارتكاب الجريمة).

المبحث الرابع
ظرف الإكراه [1]

ومن اهم الظروف الخارجية المؤثرة على الركن المعنوي والمؤدية الى تخلفه وبالتـالي عـدم مسؤولية الفاعل جزائياً عن ارتكاب جريمته التي ارتكبها تحت ضـغط الإكـراه والضـرورة، ونتناول في هذا المبحث ظرف الإكراه بإيجاز بقدر ما يتعلق بالموضوع فيما يأتي: -

الإكراه لغة: مأخوذ من كره يكره كرها، وكراهة الشيء ضد حبه، او من اكره فلانا على الشيء أي حمّله عليه. وهذا المعنى الاخير أقرب الى المعنـى الاصـطلاحي وهـو: ضـغط غير مشروع من شخص على آخر لحمله على القيام بما لا يرضاه من فعل او ترك.

اركان الإكراه خمسة وهي: -

المكرِه والمكرَه والمكرَه عليه والمكرَه به والرهبة.

شروط الاكراه: -

أ- يشترط في المكرِه (بكسرالراء): -

١- ان يكون مصدر الضغط والتهديد هو الانسان، فاذا كان حيوانا او طبيعـة فـلا يسمى اكراها.

٢- ان يكون قادرا على تنفيذ تهديده ووعيده.

ب- ويشترط في المكرَه (بفتح الراء): -

١- ان يكون مهددا بخطر حال يهدده في حياته او سلامته او عرضه او ماله سواء كان التهديد موجها اليه بالذات او الى شخص عزيز عليه.

٢- ان يكون عاجزا عن دفع الخطر بالهرب منـه او بالاسـتعانة بالسـلطة العامـة او الاستغاثة بمن يساعده على دفع الخطر.

٣- ان يغلب على ظنه انه اذا امتنع عن القيام بما أُكره عليه اوقع به المهدد به.

٤- ان لا يصدر منه ما يدل على الاختيار بأن لا يفعل غير المكره عليه ولا يقوم بمـا هو اكثر من المطلوب منه.

---

[1] العراقـي (م٦٢) ومايليهـا. سـلطنة عمـان (م٩٩)، الليبـي (م٧٥)، الـيمني (م٣٥)، السـوري (م٢٢٦)، الكويتي (م٢٢٧). د. رؤوف عبيد، ص٦٠٩.

ج-شروط المكرَه عليه: -

من اهم شروطه ان يكون عملا غير مشروع، فاذا اكرِه على تنفيذ التزام يجب عليه الوفاء به فلا يُعد اكراهه مؤثرا فيه ولا سببا لفقدان الركن للعنوي ولا مؤديا الى عدم مساءلته جزائياً كإكراه المدين على وفاء دينه الحال او اكراهه على قبول تنفيذ عقوبة يستحقها بعد صدور الحكم عليه بها.

د-شروط المكرَه به (المهدد به): -

١- ان يكون خطرا يهدد المكرَه او من هو عزيز عليه كأبنه او زوجته بما يمس سلامته او حياته او عرضه او ماله او نحو ذلك مما يحميه القانون.

٢- ان يكون خطرا حالا فلا يُعتد بخطر مستقبل لإمكان الاستغاثة بالغير لدفعه.

٣- ان يكون خطرا محققا فلا يُعتد بخطر وهمي او ظني غير مبني على اسباب معقولة.

٤-ان يكون خطرا جسيما فلا يُعتد بخطر ضئيل وتقدير ذلك يكون للسلطة القضائية التقديرية.

٥- ان لا يكون للمكرَه وسيلة اخرى لدفع الخطر سوى الفعل المكره عليه.

٦-ان لا تكون خطورة المهدد بها اقل من خطورة المكره عليه، فلو قال أقتُل فلاناً وإلا أحرق مزرعتك، فلا يكون إكراهاً مؤثرا في الركن للعنوي ولا مانعا من المسؤولية الجزائية اذا ارتكب الفعل الجرمي.

و- من اهم شروط الرهبة ان تكون بدرجة تدفع المكره الى القيام بالمكره عليه.

انواع الاكراه:

يختلف الفقه الاسلامي والقانون في انواع الإكراه كالآتي: -

في الفقه الاسلامي قسم بعض الفقهاء[1] الإكراه الى الإكراه المُلجىء (التام) وغير الملجىء (الناقص).

والإكراه الملجىء او التام: هو التهديد بما يمس سلامة الشخص او حياته او عرضه او نحو ذلك وهو يعدم الاختيار والرضا.

---

[1] كالحنفية، وبعضهم كالظاهرية قسم الإكراه الى الإكراه الفعلي والإكراه القولي يراجع المحلى باب الاكراه.

والإكراه غير الملجيء او الناقص: هو التهديد بما لا يمس مصلحة من المصالح المذكورة كالضرب غير المبرح والحبس البسيط القليل او نحو ذلك وهو يفسد الرضا ولا يؤثر على الاختيار.[١]

ومعيار التمييز بين النوعين يخضع لتقدير السلطة القضائية التقديرية لان هذا المعيار شخصياً وليس موضوعياً، فيختلف باختلاف الذكورة والانوثة والصغر والكبر ونحو ذلك من الصفات الذاتية الاخرى.

اولاً: الإكراه في الفقه الاسلامي:

اثر الإكراه في الفقه الاسلامي في جميع المذاهب هو انه اذا توافرت شروطه يكون مانعاً من المسؤولية الجزائية لأنه يُعدِم الركن المعنوي (القصد الجنائي) بالنسبة للجرائم التي يرتكبها المكرَه لدفع الخطر المهدد به، باستثناء جرائم القصاص (الاعتداء على النفس وما دون النفس) ففي هذه الجرائم اختلف الفقهاء حسب التفصيل الآتي: - [٢]

أ- يُقتص من المكرِه (بكسر الراء) لتسببه ومن المكرَه لمباشرته.[٣]

ب- لا يُقتص من أي منهما، بل تجب الدية على المكرِه (بكسر الراء) لتسببه، واستدل صاحب هذا الرأي بأن المكرِه قاتل حكما لا حقيقة.[٤] والمكرَه المباشر قاتل حقيقة لا حكما، والقاتل لا يُقتص منه ما لم يكن قاتلا حقيقة وحكماً.

ج- يُقتص من المكرِه (بكسر الراء) لأنه لولاه لما حصلت الجريمة ولأن المكرَه (بفتح الراء) بمثابة آلة استخدمها المكرِه لتنفيذ الجريمة.[٥]

---

[١] ينظر بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، للعلامة علاءالدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، مطبعة الامام ٤٤٧٩/٩

[٢] للاطلاع على هذا التفصيل ينظر بدائع الصنائع – المرجع السابق ٤٤٧٩/٩ ومايليها. حاشية الدسوقي للعلامة محمد عرفة في الفقه المالكي ١٠١/٨ ومايليها. المهذب لأبي اسحاق لبراهيم بن علي الشيرازي الشافعي ٢٦٧/٢ ومايليها.
الخلاف في الفقه للامام ابي جعفر محمد بن الحسن من فقهاء الامامية ٤٧٧/٢
مؤلفنا موانع المسؤولية الجزائية –المرجع السابق ص ١٩٩ومايليها.

[٣] وهو رأي المالكية والحنابلة والراجح في المذهب الشافعي.

[٤] وهو رأي ابي يوسف من الحنفية.

[٥] وهو رأي أبي حنيفة وصاحبه محمد الشيباني.

د- يُقتص من المكرَه (بفتح الراء) لأنه فاعل مباشر مرتكب للجريمة واما المكرِه فهو يعاقب بعقوبة تعزيرية وهي السجن مدى الحياة.[1]

وفي رأينا المتواضع ان القصاص يُطبق على المكرِه (بكسر الراء) لأنه لولاه لما حدثت الجريمة.

اما المكرَه فالامر لا يخلو من حالتين: -

فاذا كان معتقدا ان تنفيذ امر آمره للمكرِه واجب عليه فلا يُعاقب، وبخلاف ذلك يجب ان يعاقب بعقوبة تعزيرية لإيثاره وتفضيل بقاء حياته على حياة المكرَه.

ثانيا: الإكراه في القانون:

قسم فقهاء القانون الإكراه الى المادي والمعنوي.

١- الإكراه المادي:

عرّفه بعض فقهاء القانون[2] بأنه: (محو ارادة الفاعل لا تنسب اليه فيه غير حركة عضوية او موقف سلبي مجردين من الصفة الارادية).

ويلاحظ على هذا التعريف من الاوجه الاتية:

أ- تعريف غامض ومن اهم شروط التعريف هي ان يكون اوضح من المعرَّف.

ب- الإكراه صفة المكرِه (بكسر الراء) والمحو صفة الارادة والموصوفان متغايران وتغايرهما يستلزم تغاير الصفتين ومن اهم الشروط المنطقية في التعريف ان يكون كل من المعرِّف والمعرَّف متحدين بالذات حتى يصح حمل احدهما على الاخر ومتغايرين بالاعتبار حتى لا يلزم تعريف الشيء بنفسه.

ج- الارادة لا تمحو بالإكراه، بدليل ان المكرَه يختار اهون الشرّين في اعتقاده وهو فعل المكرَه عليه بدلا من قبول تعرُّضه للخطر المهدد به.

د- الإكراه لا يمحو الفعل الجرمي بل يبقى محتفظا بصفته الجرمية، لانه ليس من اسباب الاباحة وانما هو مانع من موانع المسؤولية الجزائية.

---

[1] وهو رأي الامامية وزفر من الحنفية لكن لم اجد لزفر رأيا يتعلق بالعقوبة التعزيرية فالعقوبة التعزيرية المذكورة هي رأي الامامية.

[2] د.نجيب حسني– المرجع السابق ص ٤٥٤.

والتعريف الذي نختاره للاكراه هو (انه عبارة عن استعمال العنف او التهديد به لحمل شخص على ما لا يرضاه).

ففي حالة استعمال العنف يوصف الإكراه بانه مادي واذا كان تهديدا بالعنف يكون معنويا.

وقد مثل فقهاء القانون للاكراه المادي بمن يقبض على يد شخص ويوقع ببصمة اصبعه عنوة على عقد مزور او سند مزور او يحبسه فيمنعه من القيام بواجب يُعاقب القانون على تركه.

٢- الإكراه المعنوي:

وهو يساوي الإكراه الملجيء في الفقه الاسلامي من حيث المفهوم والشروط فلا داعي لاعادة ما ذكرناه في الفقرة السابقة.

عناصر الإكراه في القانون :

ذهب فقهاء القانون الى ان عناصر الإكراه بنوعيه اثنان:

أ- العنصر المادي: وهو في الإكراه المادي عبارة عن استعمال العنف وفي الإكراه المعنوي تهديد بخطر يمس مصلحة من المصالح المحمية في القانون.

ب- العنصر المعنوي: وهو عبارة عن الرهبة الحاصلة في قلب المكرَه الناتجة من الركن المادي وهذا الركن المعنوي هو الذي يُعد عيباً للارادة او (الرضا).

ويلاحظ على هذا التقسيم بانه ناقص لان عنصر الشيء ما يتوقف عليه هذا الشيء، فاذا كان جزءً منه يسمى ركنا والا فيسمى شرطا.

والاركان التي يتوقف عليها الإكراه سواء كان ماديا او معنويا خمسة وهي: المكرِه، والمكرَه، والمكرَه عليه والمكرَه به (المهدد به)، والرهبة.

ولكل ركن من هذه الاركان شروط وقد سبق تفصيلها في موضوع بيان الإكراه من وجهة نظر الفقه الاسلامي.

اثر الإكراه في القانون :

اضطربت قوانين العقوبات العربية المعاصرة في تحديد هذا الاثر فمنها ما اعتبر الإكراه مانعا من موانع المسؤولية الجزائية، ومنها ما اعتبره من اسباب الاباحة، ومنها ما اعتبره من موانع العقاب، كما يأتي تفصيل هذه الاضطرابات والاختلافات غير المنطقية في استنتاجاتنا نهاية المبحث التالي.

المبحث الخامس

ظرف الضرورة

الضرورة: في اللغة لها معان متعددة منها ما تدعو اليه الحاجة.

وفي الاصطلاح المنطقي والفلسفي عبارة عن البداهة، فيقال هذا الموضوع من الضروريات اي من البديهيات، فلا يحتاج اثباته الى التعريف او الدليل.

وفي الإصطلاح الاصولي[1] يستعمل مصطلح (الضرورة) في البحث عن المصلحة حين تقسيمها الى الضروريات والحاجيات والتحسينيات.

ويقصدون بالمصالح الضرورية تلك المصالح العامة التي تحتاج اليها الامم والشعوب بأسرها بحيث اذا تخلفت واحدة منها في اي مجتمع يختل النظام فيه وتسود الفوضى.

ومن المصالح الضرورية العامة حماية النفس ومادون النفس وحماية العقيدة والعرض والاموال ونحو ذلك.

وفي اصطلاح الفقه الاسلامي والقانون الضرورة عبارة عن العذر الذي يبرر ارتكاب عمل محظور، وهي بهذا المعنى ظرف مؤثر في الركن المعنوي للجريمة وتعتبر من موانع المسؤولية الجزائية، كمن يتلف مال الغير تحت ضغط الضرورة لا يُسأل جزائياً لأن الضرورة مانعة من المساءلة الجزائية، لكن يُسأل مدنياً فيجب عليه التعريض عن كل ضرر يلحقه بالغير بدون مبرر، لأن الإضطرار لا يبطل حق الغير، حيث ان الضرورة تُجيز المحظورات ولا تُبيحها،

---

[1] عند علماء اصول الفقه.

والقاعدة الشائعة بين الناس (الضرورات تبيح المحظورات) خطأ شائع، لأن الضرورة من الموانع وليست من أسباب الإباحة.

وفي اصطلاح القانون عرفه علماء القانون بانه ظرف يهدد شخصا بالخطر ويوحي اليه طريق الخلاص منه بارتكاب فعل اجرامي.[1]

اركان الضرورة:

للضرورة اركان اربعة وهي:

١- المضطر: وهو الانسان المعرض للخطر.

٢- الخطر المحدق (الحال).

٣- محل الخطر (مصلحة محمية شرعا او قانونا).

٤- الفعل اللازم لدفع الخطر.

ولكل ركن من هذه الاركان شروط خاصة كما ياتي:

أ- شروط المضطر:

١- ان لا يكون المضطر ملزما بتحمل الخطر الذي قد يتعرض له، كما في حالة الدفاع من قبل المواطن عن خطر العدو المعتدي على بلده.

٢- ان لا يكون لارادة المضطر دخل في حدوث الخطر، فمن تسبب في نشوب حريق في محل وهو حين محاولته لخلاص نفسه ارتكب جريمة، فلا يُعد اضطراره مؤثرا في الركن المعنوي لجريمته بل يُسأل جزائيا ويُعاقب على فعله الجرمي.

ب- شروط الخطر:

١- ان يكون جسيما فاذا كان ضئيلا لا يُعتد به.

٢- ان يكون حالا فاذا كان الخطر يحدث في مستقبل قريب او بعيد، فلا يعد عذراً لإمكان دفعه بالاستعانة بالغير.

---

[1] قانون العقوبات اللبناني (م٢٢٩) وما يليها. والعراقي (م٦٣) والأردني (م٨٩) والليبي (م٧٢) والقطري (م٢١) والسوري (م٢٢٨).

د.محمود محمود مصطفى، المرجع السابق، ص٨٣.

د. رؤوف عبيد، المرجع السابق، ص٦٠٠.

د. محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص٤٥٨ وما يليها.

ج- شروط محل الخطر:

ومن اهمها ان يكون هذا المحل المعرض للخطر مصلحة يحميها القانون.

د- شروط الفعل الذي يدفع به الخطر:

١- ان يكون الفعل لازما لدفع الخطر.

٢- أن يكون مناسبا مع حجم الخطر.

تأثير ظرف الضرورة في الركن المعنوي للجريمة:

اذا توافرت اركان الضرورة والشروط المذكورة، تكون ظرفا فعالا في التأثير على الفاعل (مرتكب الجريمة) وبالتالي على الركن المعنوي عن طريق سلب حرية الارادة التي هي الاساس عند علماء القانون للمسؤولية الجزائية، فلا يُسأل مرتكب الجريمة جزائيا لكن يُسأل مدنيا عن تعويض الضرر الذي يحدث نتيجة عمله الجرمي، كمن يرتكب جريمة سرقة سيارة ثم لا يتمكن السارق من اعادتها لصاحبها كما كانت في حالة ارتكاب الجريمة (مباشرة السرقة).

فعقوبة السارق جزاء لاعتدائه على حق عام، اما التعويض الواجب عليه فهو جزاء اعتدائه على الحق الخاص.

الاستنتاج:

يستنتج من استعراضنا لمحتويات المبحثين المذكورين في هذا الفصل ان اكثر قوانين عقوبات البلاد العربية المعاصرة لم تكن موفقة في معالجة الظروف المؤثرة في الركن المعنوي من الاوجه الاتية: -

اولا: - الافراط والتفريط في تحديد مدة دخول الانسان في سن التمييز، اذ ان هذه المدة في تلك القوانين تتراوح بين (٧-١٤)سنة وفي تحديدها بـ(٧) سنوات تفريط (تجاوز في النقص) وفي اعتبار المدة (١٤)سنة افراط (تجاوز في الزيادة) وخير الامور اوسطها وهو ما اقرّه قانون رعاية الاحداث العراقي القائم[1] (م ٤٧) وقانون العقوبات القطري (م١٨) من ان للمدة القانونية

---

[1] رقم ٧٦ لسنة١٩٨٣ وتعديلاته.

لدخول الانسان سن التمييز في القضايا الجزائية هي اكمال التاسعة من العمر والدخول في العاشرة.

ثانيا: بالنسبة لظرف الجنون لم تتفق هذه القوانين على اقرار معيار واحد معقول للمرض العقلي المؤثر في الركن المعنوي بحيث يكون شاملا لجميع الحالات النفسية والمرضية العقلية المؤثرة في هذا الركن للجريمة كما سبق تفصيل ذلك.

ثالثا: اكثر قوانين العقوبات العربية خلطت بين موانع العقاب وموانع المسؤولية الجزائية فاستعملت تعبير (لا عقاب) بدلا من (لا مسؤولية جزائية) او (لا يُسأل جزائيا)، ومن المعلوم ان نفي العقاب لا يستلزم نفي المسؤولية الجزائية، لأن الاول أعم والثاني أخص، ونفي الاعم لا يستلزم نفي الاخص بخلاف العكس.

وعلى سبيل المثل نصت المادة (٧٥) من قانون العقوبات الليبي القائم على انه (لا عقاب على من ارتكب فعلا اكرهه الغير على ارتكابه..الخ) علما بان الإكراه من موانع المسؤولية الجزائية، فالمفروض ان يُقال (لا مسؤولية جزائية) او (لا يُسأل جزائيا)، وقد تكرر هذا الخطأ في قوانين عقوبات اخرى منها قانون العقوبات المصري (م ٦١) والسوري (م ٢٢٦) وفي غيرها.

رابعا: خلطت اكثر قوانين العقوبات العربية المعاصرة بين موانع المسؤولية الجزائية وبين اسباب الاباحة، فاستعملت (لا جريمة) بدلا من (لا مسؤولية جزائية).

وعلى سبيل المثل نصت المادة (٤٩) من قانون العقوبات السوداني على انه (لا جريمة في فعل يرتكبه الصغير الذي تقل سنه عن السابعة) والصواب (لا مسؤولية جزائية).

ونصت المادة (٥٠) منه (لا جريمة في فعل يقع من شخص تعوزه وقت ارتكابه القدرة على ادراك ماهية افعاله او السيطرة عليها بسبب من الاسباب الاتية:

أ- الجنون الدائم او المؤقت او العاهة العقلية.[1]

---

[1] للبناني (م٢٣١) ومايليها، والأردني (م٩١) ومايليها، وسلطنة عمان (م١٠١) والقطري (م١٩) والأمارلتي (م٩) والمينني (م٣٣) والمغربي فصل ١٣٤ والسوري (م٢٣٠).

د.رؤوف عبيد، المرجع السابق، ص٦٢٤.

د.محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص٤٢٢.

ب- السكر الناشيء من اي مادة تعاطاها رغم ارادته او على غير علم منه بها.

ومن القوانين العربية الاخرى التي اعتبرت الإكراه من اسباب الاباحة قانون العقوبات اليمني رقم(١٢) لسنة ١٩٩٤ وهو احدث قانون عربي، فنص في المادة (٣٥) على انه (لا يرتكب جريمة من وقع منه الفعل المكون لها تحت ضغط اكراه مادي..الخ).

والصواب ان يقال (لا مسؤولية جزائية) او (لا يُسأل جزائيا) بدلا من تعبير (لا جريمة) ومن البدهي ان الإكراه سواء ماديا ام معنويا من موانع المسؤولية الجزائية وليس سببا من اسباب الاباحة.

ومن الواضح ان نفي المسؤولية الجزائية لا يستلزم نفي الجريمة، لان الفعل الجرمي المرتكب في حالات وجود موانع المسؤولية الجزائية كالصغر والجنون والسكر غير الاختياري والإكراه والضرورة والقوة القاهرة ونحو ذلك يبقى محتفظا بصفته الجرمية رغم عدم مساءلة الجاني جزائيا لمانع من موانع المذكورة.

كما اعتبر بعض القوانين العربية ما هو من اسباب الاباحة من موانع المسؤولية الجزائية وبذلك خلطت بين سبب الاباحة ومانع المسؤولية الجزائية.

ومن القوانين التي وقعت في هذا الخلط قانون العقوبات الكويتي القائم (م ٣٨) (لا يسأل الموظف اذا ارتكب فعلا استعمالا لسلطة يعتقد ان القانون يُقرها له او تنفيذاً لامر يعتقد ان القانون يوجب عليه طاعته).

ومن الواضح ان الظرف الوارد في هذا القانون هو من اسباب الاباحة، لأنه من باب اداء الواجب ونفي المسؤولية، لا يستلزم كون الفعل مباحا لان نفي الاعم لا يستلزم نفي الاخص.

خامسا: وقع بعض القوانين العربية في التناقض بين القول بإباحة الفعل ووجوب التعويض المدني مع ان الفعل الجرمي الذي يتحول لسبب من اسباب الاباحة الى المباح كما في حالات الدفاع الشرعي واداء الواجب، لا يُسأل فاعله لا جزائياً ولا مدنياً، لأن (الجواز الشرعي يُنافي الضمان) ومن تلك القوانين قانون عقوبات سلطنة عمان حيث نصت المادة (٣٧) منه على انه (لا يُعد

جريمةً بل يستوجب التعويض المدني فقط الفعل الذي ألجات الضرورة الفاعل الى إرتكابه..الخ).

ومن الواضح ان الضرورة في اصلها من موانع المسؤولية الجزائية وليست من باب اسباب الإباحة، واذا اعتبرت سببا من اسباب الاباحة للظروف الخاصة بالقضية، فان بين إباحة الفعل ووجوب التعويض المدني تناقضا واضحا، لأن الفعل المباح لا يستوجب المساءلة لا جزائياً ولا مدنياً.

سادسا: خلط بعض قوانين العقوبات العربية بين الركن المعنوي والركن المادي للجريمة المتأثر بالظرف الخارجي من الإكراه او الضرورة او القوة القاهرة او نحو ذلك، مع ان الركن المادي للجريمة لا يتأثر بأي ظرف من ظروف الاباحة او الرافع للمسؤولية الجزائية او المانعة من العقاب.

وعلى سبيل المثل ورد في قانون العقوبات اليمني رقم (١٢) لسنة ١٩٩٤ مايلي: (الفرع الثالث: ما يستبعد الركن المادي وما ينفي الخطاء الإكراه المادي والقوة القاهرة) علما بان جميع ما ورد في هذا الفرع من المواد (٣٥-٣٧) من موانع المسؤولية الجزائية لظروف خارجية مؤثرة في الركن المعنوي والركن المادي في جميع الحالات الاعتيادية والاستثنائية، هو لا يتأثر بأي ظرف من الظروف والتأثر بأسباب الإباحة او موانع المسؤولية الجزائية انما يكون بالنسبة للركن الشرعي او الركن المعنوي، كما هو واضح بالنسبة لمن له ادنى المام بالقوانين الجزائية وما يتعلق بها.

وهنالك عيوب ونواقص وتناقضات واضطرابات في كثير من القوانين الجزائية والمدنية العربية فلا مجال لاستعراض كلها وقد اشرت الى بعضها في اطروحتي للدكتوراه في القانون (نظرية الالتزام بالرد غير المستحق) مع تقديري العظيم للمشرعين في البلاد العربية.

وجميع الظروف التي استعرضناها في المبحث الثاني المذكورة تسمى فعلاً مؤثراً من الناحية الفلسفية، والمتأثر يسمى منفعلاً والنتيجة المترتبة على الفعل (الظرف) والإنفعال تسمى أثرا فلسفيا، يكون إيجابياً تارة وسلبياً تارة أخرى من الناحية العلمية في الواقعة الجرمية.

الفصل الثالث

الظروف المؤثرة في العقوبة وتحريك الدعوى

يكون تأثر العقوبة أو تحريك الدعوى بالظروف المؤثرة فيهما بالنسبة للعقوبة، اما بتخفيفها او بتشديدها او بإسقاطها، وبالنسبة لتحريك الدعوى يكون مرفوضا من قبل القاضي لأسباب تُبرره.

لذا توزع دراسة هذا الموضوع من الناحية الشكلية على خمسة مباحث.

يُخصص الاول للتعريف بالعقوبة وانواعها. والثاني للتأثر بالتخفيف.

والثالث للتأثر بالتشديد. والرابع للتأثر بالاسقاط.

والخامس لأثر الظروف على تحريك الدعوى.

المبحث الأول

التعريف بالعقوبة وانواعها

العقوبة: في اللغة مأخوذة من عاقبه عقابا ومعاقبة بذنبه او على ذنبه واخذ به واقتص منه.[1]

وفي الاصطلاح القانوني: العقوبة جزاء يوقع باسم المجتمع تنفيذا لحكم قضائي على من تثبت مسؤوليته عن الجريمة.[2]

فالعقوبة ايا كانت طبيعتها اذا لم يتألم بها المجرم مقابل مخالفته لنهي أو أمر قانوني أو تتمثل في حرمانه من حقوقه في الحياة او الحرية او مباشرة نشاط سياسي او نحو ذلك، تكون خالية عن الفلسفة.

---

[1] المنجد مادة: عقب

[2] د. محمود محمود مصطفى- شرح قانون العقوبات -القسم العام المرجع السابق ص ٥٥٥

وفلسفة العقوبة هي مكافحة الجريمة التي تعد غاية اساسية لها أقرتها الشرائع الالهية والقوانين البشرية لحماية المجتمع عن طريق الردع العام (منع الغير من الاقتداء بالجاني) والردع الخاص (زجر الجاني) ومنعه من العود الى الجريمة او اية جريمة اخرى.

والعقوبة لا تطبق الا على من تثبت مسؤوليته الجزائية والمرجع لتقرير هذه المسؤولية هو القضاء.[1]

العقوبة والمصطلحات ذات الصلة :

أ-العقوبة والتدابير الوقائية (الاحترازية): -

وهما متشابهان من الاوجه الاتية: -

١- كل منهما مقرر بنص قانوني .

٢- كل منهما لا يُتخذ الا ضد من يرتكب جريمة.

٣- كل منهما يكون بإجراءات قضائية وضمانات تكفل الحرية الشخصية للمتهم.

٤- غاية كل منهما مكافحة الجريمة.

٥- تسري على التدابير الاحترازية احكام العقوبات من حيث عدم رجعيتها وسريان القانون الاصلح للمتهم.[2]

ورغم اتحادهما من الاوجه المذكورة فان العقوبة تختلف عن التدابير الاحترازية من حيث انها تنطوي على ألم يُصيب الجاني ويتناسب مع درجة مسؤوليته بخلاف التدابير الاحترازية.

ب- العقوبة والتعويض:

وهما يشتركان في ان كل منهما جزاء للاخلال بواجب قانوني، لكنهما يختلفان في أمور جوهرية منها: -

١- التعويض جزاء الاعتداء على حق خاص والعقوبة جزاء الاعتداء على حق عام لو على حق مشترك والجانب العام هو الغالب.

٢- دعوى التعويض تُقام من المضرور أصالة او نيابة، بخلاف دعوى العقوبة فانها تقام من قبل هيئة الادعاء العام، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

---

[1] المادة الاولى من قانون الاجراءات الجنائية المصري القائم.

[2] المادة الخامسة من قانون العقوبات العراقي القائم.

٣- فلسفة التعويض إعادة التوازن بين الذمم المالية اذا اختلفت، بينما فلسفة العقوبة هي حماية للمصالح العامة للمجتمع عن طريق زجر الجاني وردع الاخرين ومنعهم من الاقتداء به.

ج- العقوبة والجزاء التاديبي: -

يتفقان في ان كل منهما يقوم على القهر، ويختلفان من اوجه متعددة منها: -

١- العقوبة جزاء من خالف امرا او نهيا موجها الى الناس كافة ويوقع لمصلحتهم، بخلاف الجزاء التأديبي فانه مقرر لمخالفة أمرٍ ونهي قانوني خاص بفئة معينة[١] ولا يوقع الا على من ينتمي الى هذه الفئة.

٢- العقوبة توقعها سلطة قضائية ممثلة للدولة، بينما الجزاء التأديبي قد توقعها فئات اخرى.

خصائص العقوبة الاساسية:

من ميزات وخصائص العقوبات الاساسية ما يلي: -

١- يجب ان تكون العقوبة قانونية اي مقررة بالقانون بناءً على القاعدة الدستورية (لا جريمة ولا عقوبة الا بنص قانوني).

٢- يجب ان تكون عادلة بان تتناسب مع حجم الجريمة وخطورتها وظروفها المخففة والمشددة كما يأتي بيان ذلك باذن الله.

٣- يجب ان تكون شخصية فلا توقع الا على من ارتكب الجريمة او شارك فيها بناءً على القاعدة الدستورية التي نص عليها القرآن الكريم قبل القوانين البشرية وهي ﴿وَلاَ تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾[٢].

ويترتب على هذه الميزة ان الدعوى الجزائية لا تقام الا ضد مرتكب الجريمة سواء كان فاعلاً اصلياً او شريكاً او مقدماً التسهيلات لارتكاب الجريمة.

---

[١] قانون نقابة الاطباء او نقابة المحامين او نقابة العمال او نحوذلك.

[٢] الانعام / ١٦٤

انواع العقوبة:

تنقسم عقوبات الجرائم بحيثيات مختلفة الى انواع متعددة ومن هذه الانواع مايأتي:

اولا: من حيث الغاية الاجتماعية: -

١- عقوبة تحذيرية كالغرامة المالية ومصادرة الاموال ونحو ذلك.

٢- عقوبة اصلاحية كالسجن والحبس لمدة طويلة.

ثانيا: من حيث جسامة العقوبة تنقسم الى:

١- عقوبات الجنايات: والجناية هي الجريمة المعاقب عليها باحدى العقوبات التالية:

أ- الاعدام

ب- السجن المؤبد

ج- السجن اكثر من خمس سنوات الى خمس عشر سنوات.[١]

٢- العقوبات الجنحية: والجنحة هي الجريمة المعاقب عليها باحدى العقوبتين التاليتين: -

أ- الحبس الشديد او البسيط اكثر من ثلاثة اشهر الى خمس سنوات.

ب- الغرامة المالية [٢].

٣- عقوبات المخالفات: والمخالفة هي الجريمة المعاقب عليها باحدى هاتين العقوبتين:

أ- الحبس البسيط من (٢٤) ساعة الى ثلاثة اشهر.

ب- الغرامة المالية البسيطة، وأساس التقويم خطورة الجريمة.

ثالثا: من حيث الاصالة وغيرها تنقسم الى الاصلية والتبعية والتكميلية.

١- العقوبة الاصلية هي:

أ- الاعدام شنقا او رميا بالرصاص حتى الموت، وقد قلت نسبة هذا الصنف من العقوبة بعد ان تطورت عقلية المفكرين في اصلاح المجتمع والمشرعين في تطبيق العدالة.

ب- السجن المؤبد: وقد اختلفت قوانين العقوبات العربية في تحديد مدة السجن المؤبد، فمنها ما حددها بعشرين سنة [٣] ومنها ما حددها بثلاثين سنة[١] ومنها ما حددها بمدى الحياة اي بقاء المحكوم عليه بالسجن الى موته[٢].

---

[١] المادة (٢٥) من قانون العقوبات العراقي القائم.

[٢] المادة (٢٦) منه.

[٣] كقانون العقوبات العراقي القائم (م ٨٧) وقانون العقوبات الجزائري (م ٥)

والسجن في بعض القوانين مقترن بالاشغال الشاقة وبعضها لم يتطرق لهذا الوصف وانما اكتفى بذكر السجن المؤبد او المؤقت.

ج- السجن المؤقت: وقد اختلفت قوانين العقوبات العربية في تحديد الحد الادنى للسجن المؤقت، فمنها[٣] ما حدده بأكثر من خمس سنوات الى خمس عشر سنة. وفي بعض القوانين[٤] السجن المؤقت يكون من (٥-٣٠) سنة.

د- الحبس الشديد: ومدته ثلاثة اشهر الى خمس سنوات.

هـ- الحبس البسيط: من اربع وعشرين ساعة الى ثلاثة أشهر ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.[٥]

وجدير بالذكر ان بعض قوانين العقوبات العربية استعملت التعبيرين (الحبس والسجن) وفرق بينهما بأن السجن أكثر من خمس سنوات، والحبس خمس سنوات فما دون. وبعضها اقتصرت على استعمال تعبير الحبس بدلا من السجن وهو عبارة عن جميع العقوبات السالبة للحرية بغض النظر عن مددها. بينما اقتصر البعض على تعبير السجن فقط وهو عبارة عن عقوبة سالبة للحرية مطلقا.

و- الغرامة المالية: وهي عبارة عن مبلغ يُلزم المحكوم عليه بدفعه للخزانة العامة وفي تقدير كمية هذا المبلغ يجب على القاضي ان يأخذ بنظر الاعتبار ظروف المجرم المالية والاجتماعية ونحوها ومدى استفادة المجرم من جريمته مع رعاية الظروف المحيطة بشخص المجرم.

ز- الحجز في مدرسة اصلاحية للجانحين.

٢- العقوبات التبعية: بالاضافة الى العقوبات الاصلية فقد اقرت قوانين العقوبات العربية عقوبات اضافية اطلق عليها عقوبات التبعية والتكميلية وتعابير اخرى.

---

[١] كقانون العقوبات المصري (م٣٤)

[٢] كقانون العقوبات المصري (م ١٤)، والكويتي (م ٦١)، والليبي (م ٢٠).

[٣] كالعراقي وقد نص هذا القانون على انه لا يزيد مجموع مدد العقوبات السالبة للحرية على خمس وعشرين سنة في جميع الاحوال (م ٨٧).

[٤] كالقانون الليبي (م ٤٨)

[٥] كالعراقي (م ٢٧)

من اهم العقوبات التبعية:

الحرمان من بعض الحقوق والمزايا كتولي الوظائف العامة والترشيح لعضوية المجالس والهيئات العامة. ومن العقوبات التبعية ايضا العزل من الوظائف العامة والحرمان من مزاولة المهنة، واغلاق المحلات العامة، ومراقبة الشرطة، ومصادرة الاموال ونحو ذلك.

٣- العقوبات التكميلية: وقد اختلفت قوانين العقوبات العربية في ما يقصد به تعبير العقوبات التكميلية بل قد اهملها بعض القوانين وقد استعملت بعضها تعابير اخرى كالاضافية او الفرعية او التأديبية او التكديرية او نحو ذلك.

ومن الفروق الجوهرية ان التبعية لا تحتاج الى نص اضافي بعد النص العقوبات الأصلية، بخلاف التكميلية فهي تحدد بنص مستقل عن نص العقوبات الأصلية.

وقد اختارت بعض القوانين العربية[1] تقسيما آخر من حيث جسامة العقوبة الى الآتي:

أ- العقوبات الارهابية: وهي الاعدام والسجن المؤبد، والسجن المؤقت (اكثر من خمس الى خمس عشرة سنة).

ب- العقوبات التأديبية: وهي الحبس من عشرة ايام الى ثلاث سنوات والغرامة المالية.

ج- العقوبات التكديرية: وهي من (٢٤) ساعة الى عشرة ايام.

وقد اهملت بعض قوانين العقوبات العربية التقسيم للعقوبات واقتصرت على تقسيم الجرائم بحسب جسامتها والحق المعتدي عليه وبعضها دمجت بين التبعية والتكميلية[2].

وخير تقسيم اطلعت عليه في قوانين العقوبات هو ما اختاره للمشرع العراقي في قانون العقوبات القائم[3] من التقسيمات المذكورة لانها اكثر ضبطا وشمولا واقرب الى العقل السليم والمنطق القانوني.

---

[1] كالقانون العقوبات البحراني(م ٤٧-٥٦)

[2] كالقانون الكويتي(م ٦٦-٨٠)

[3] رقم ١١١لسنة ١٩٦٩

المبحث الثاني
الظروف المؤثرة في العقوبة بالتخفيف

الظرف المقترن بارتكاب الجريمة يتأثر به الجاني اولاً، ثم تتأثر به العقوبة لأن التأثير والتأثر اللذين هما من باب الفعل والانفعال الفلسفيين إنما يكونان بين الظرف المقترن بالجريمة ومرتكبها، ثم يكون بينه وبين العقوبة المحددة أصلا للجريمة في حالة غياب هذا الظرف. كما في الظروف المؤثرة في الركنين الشرعي والمعنوي فالتأثر يتصف به الفاعل ثم ينتقل منه الى المسؤولية الجزائية فيرفعها وبالتالي يجعل الفعل مباحاً او يحول دون مساءلة الجاني من مسؤوليته الجزائية.

ويجوز او يجب تخفيف العقوبات المقررة قانوناً ضد المتهم الذي حُكم بإدانته وثبت وجود ظرف (عذر) قانوني او قضائي مخفف لصالحه وفقا لتدرج العقوبات، غير ان هنالك اختلافا بين القوانين في نقاط تتعلق بهذا الموضوع، أهمها ما يلي:

أولاً/ الإختلاف في التعابير عن تدرج العقوبات حسب التسلسل التنازلي الآتي:

١- الاعدام

٢- السجن المؤبد[١] او الاشغال الشاقة المؤبدة[٢] او الاعتقال المؤبد.[٣]

وقد اختلفت القوانين العربية في المعنى المراد بالمؤبد، فمدتها عشرون سنة في بعض القوانين كالعراقي (م٨٧)، وفي بعضها ثلاثون سنة وفي البعض الاخرى مدى الحياة، اي ان العقوبة تستغرق حياة المحكوم عليه كلها وقد سبق بيان ذلك.

٣- السجن المؤقت او الاشغال الشاقة المؤقتة او الاعتقال المؤقت: وتتراوح مدة المؤقت بين (٥-٢٠) سنة حسب اختلاف الاتجاهات القانونية.

٤- الحبس : تتراوح مدته بين اربع وعشرين ساعة وخمس سنوات.

٥- الغرامة.

---

[١] وهو مصطلح بعض القوانين كالعراقي (م ٨٥)

[٢] استعمله بعض القوانين كالمصري(م ١٤)

[٣] ورد هذا التعبير في بعض القوانين.

ثانيا: الاختلاف في مقدار العقوبة بعد التخفيف كالآتي: -

١- الاشغال الشاقة المؤيدة او السجن المؤبد او الاعتقال المؤبد بدلا من عقوبة الاعدام.

٢- المؤقت بدلاً من المؤبد.

٣- الحبس مدة لا تقل عن خمس سنوات في بعض القوانين وعن ثلاثٍ في قوانين اخرى بدلا من المؤقت.

٤- الغرامة بدلا من الحبس.

وفي جميع الاحوال على المحكمة ان تُبين في قرار حكمها علة التخفيف.

ثالثا: اختلفت الآراء القانونية في تغيير طبيعة الجريمة بعد تخفيف عقوبتها:

أ- ذهب اتجاه الى التفرقة بين التخفيف لعذر قانوني والتخفيف لظرف قضائي مخفف.

فاذا كان التخفيف لعذر قانوني مخفف يتغير نوع الجريمة، وعلى سبيل المثل اذا بُدلت عقوبة الجناية بعقوبة الجنحة او عقوبة الجنحة بعقوبة المخالفة، فإن نوع الجريمة يتغير من الجناية الى الجنحة في الحالة الاولى، ومن الجنحة الى المخالفة في الصورة الثانية، والسرّ في ذلك ان القانون هو الذي امر المحكمة بتخفيف العقوبة في حالة وجود عذر قانوني مخفف، وهوالذي حدد للجريمة عقوبة اخرى غير العقوبة المقررة لها بالاصل.

واذا كان التخفيف لظرف قضائي مخفف، فان الجريمة تبقى محتفظة بمدى جسامتها وخطورتها ولا يتغير نوعها فلا تتحول الجريمة الى الجنحة ولا الجنحة الى المخالفة.[1]

ب- وهناك اتجاه اخر يذهب الى ان تخفيف العقوبة لا يُغير نوع الجريمة مطلقاً، وبهذا الرأي الثاني اخذ المشرع العراقي في قانون العقوبات القائم، حيث نص في المادة (٢٤) منه على: (انه لا يتغير نوع الجريمة اذا استبدلت المحكمة بالعقوبة لها عقوبة من نوع اخف سواء أكان العذر قانونياً ام قضائياً) ما لم ينص القانون على غير ذلك.

والظروف المؤثرة في العقوبة نوعان: اعذار قانونية وظروف مخففة ومن اهم الفروق بينهما:

١- الاعذار القانونية ينص عليها الشارع على سبيل الحصر، بخلاف الظروف المخففة فلا يحددها القانون، بل يُترك لفطنة القاضي في تحديدها.

---

[1] الاستاذ المحامي محسن ناجي- الاحكام في قانون العقوبات- شرح على متون النصوص الجزائية ص ١٠٤

٢- في الاعذار القانونية يُلزم القاضي بتخفيف العقوبة، بينما في الظروف المخففة للقاضي سلطة تقديرية.

٣- الاعذار القانونية محددة بالنص بخلاف الظروف المخففة.

الاهمية القانونية لاسباب التخفيف:

لاسباب التخفيف بنوعيها اهمية كبيرة وهي تخويل القاضي سلطة الحكم بالعقاب بما هو اقل من الحد الادنى الذي يحدده القانون عادة، ففي هذه الاسباب توسع من سلطة القاضي التقديرية فيحق له ان يتجاوز الحد الادنى كلما ثبت سبب من اسباب التخفيف يبرر ذلك ويرفع عنها التقيد بما يحدده القانون.[1]

انواع الاعذار القانونية:

تنقسم الاعذار القانونية الى المخففة والمعفية. واهم الفروق الجوهرية بينهما هو ان الاعذار المخففة لا تمس اصل العقاب وانما تؤثر على مقداره المحدد بالنص بخلاف الاعذار المعفية فانها ترفع العقاب كليا.

واستبعادا للتطويل نكتفي باستعراض بعض نماذج من الاعذار القانونية والظروف المخففة القضائية، لأن الموضوع في هذا المجال لم يخصص لاسباب التخفيف والاعذار القانونية، وانما هو لبيان فلسفة المسؤولية الجزائية في ضوء الفعل والانفعال الفلسفيين.

أ- من صور الاعذار المخففة ما يأتي:

اولا: تأثر الزوج وانفعاله بظرف مفاجئة زوجته او احدى محارمه في حالة تلبسها بالزنا أو وجودها في فراش واحد مع شريكها وقتلهما في الحال او قتل احدهما أو الاعتداء عليهما او على احدهما اعتداءاً يُفضي الى الموت او الى الاصابة بعاهة مستديمة.

وقد نصت اكثر القوانين العربية على هذا العذر القانوني المخفف من عقوبة الجناية الى عقوبة الجنحة، ومن هذه القوانين قانون العقوبات العراقي القائم (م٤٠٩) وقانون العقوبات المصري القائم (م٢٣٧) اللذان نصّا على ان الجاني يُعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات.

---

[1] د.محمودنجيب حسني – المرجع السابق ص ٧٠٠

وقد كان للمشرع العراقي اكثر توفيقا من المشرع المصري، حيث نص صراحة على حالتي الضرب المفضى الى الموت والاصابة بعاهة مستديمة، بينما اقتصر المصري على حالة القتل واما الحالتان الاخريان فيأخذ القاضي تخفيف العقاب من المفهوم الموافق لنص المادة(٢٣٧)، لأن القاتل اذا كان مستفيدا من هذا الظرف البشع المرئي بتخفيف العقاب من الاعدام الى الحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات، يستفيد منه من باب اولى في حالتي الضرب المفضي الى الموت او الاصابة بعاهة مستديمة، وبالاضافة الى ذلك فإن للمشرع العراقي نص في المادة المذكورة على انه لا يجوز للزوجة او شريكها في الزنى استعمال حق الدفاع الشرعي ضد من يستفيد من هذا العذر، والظرف البشع المؤثر، كما لا تطبق ضده احكام الظروف المشددة الواردة في المادة (٤٠٦) من قانون عقوبات العراقي القائم الفقرة(ز) التي نصت على عقوبة الاعدام اذا اقترنت القتل عمدا بجريمة او اكثر من الجرائم القتل عمدا او الشروع فيه.

ثانيا: تجاوز الدفاع الشرعي: سبق ان بينا في المبحث السابق ان من اهم شروط حق الدفاع الشرعي ان يكون حجم الرد مناسبا مع خطر الاعتداء، بأن لا يتجاوز المدافع عن الحد الضروري اللازم لدفع خطر المعتدي، لكن اذا تجاوز عن هذا الحد فقد اختلفت اتجاهات قوانين البلاد العربية في حكم التجاوز، فمنها ما ترى ان المتجاوز لا يعاقب على تجاوزه، ومن هذه القوانين القانون اللبناني (م ١٨٤ وم ٢٢٨) والسوري (م١٨٣وم ٢٢٧) حيث ينُصان على عدم معاقبة الفاعل (اذا افرط في الدفاع... اذا كان اقدامه على الفعل في ثورة انفعال شديد انعدمت معها قوة وعيه وارادته).

ولكن ذهبت غالبية قوانين العقوبات العربية الاخرى الى تخفيف العقوبة في هذه الحالة وذلك بفرض عقوبة الجنحة في حالة كون الدفاع جناية ومن هذه القوانين قانون العقوبات العراقي القائم (م٤٥)[1]. والمصري (م٢٥١)، والكويتي (م٣٦)،

---

[1] التي نصت على انه (لا يبيح حق الدفاع الشرعي احداث ضرر اشد مما يستلزمه هذا الدفاع واذا تجاوز المدافع عمدا او اهمالا حد هذا الحق او اعتقد خطأً انه في حالة دفاع شرعي فإنه يكون مسؤولا عن الجريمة التي ارتكبها، وانما يجوز للمحكمة في هذه الحالة ان تحكم بعقوبة الجنحة بدلا من عقوبة الجناية ولن تحكم بعقوبة المخالفة بدلا من عقوبة الجنحة).

والقطري (م٣٢)

ب- الظروف المخففة :

سبق ان بيّنا ان هذه الظروف من اسباب تخفيف العقاب ولا يحددها القانون وانما يُترك للقاضي سلطة تحديدها وتطبيق العقاب بناءً عليها، والظروف المخففة متعددة تكاد تكون غير قابلة للحصر، لان منها ما يتعلق بالظروف الشخصية للجاني لحسن سلوكه سابقا، ومنها ما يتعلق بالعامل الخارجي الذي يثير انفعاله كاستفزاز المجني عليه للجاني، ومنها ما يتعلق بوضعه الاقتصادي الذي يدفعه الى ارتكاب خيانة الامانة او جريمة السرقة او نحو ذلك.

وللقاضي ان يستمد هذه الظروف وغيرها مما يحيط بالجريمة وملابستها سواء تعلقت بمادياتها كتفاهة الضرر المترتب عليها او ضآلة خطورة الوسيلة التي استخدمت في تنفيذ الجريمة، او وقوعها في زمان او مكان يكون خطرها فيهما اقل او نحو ذلك.

ومن اهمية الظروف المخففة انها تُمكن القاضي من تجنب قسوة العقاب الذي يُقرره القانون في الحالات التي يتبين فيها ان العقاب المقرر اشد مما تقتضيه ظروف الجريمة.

وجدير بالذكر ان نطاق الظروف المخففة يقتصر على الجنايات دون الجنح والمخالفات، وفلسفة ذلك ان الشارع لا يُحدد عادة الحد الادنى لعقاب الجنح والمخالفة، وإنما يكتفي ببيان حده الاقصى ويجعل حده الادنى هو الحد العام وهو منخفض لا يريد القانون ان يتخول القاضي دونه[1].

---

[1] د.محمود نجيب حسني – المرجع السابق ص ٧٠٩، بند ٨٨٣.

المبحث الثالث

الظروف المؤثرة في العقوبة بالتشديد

تشديد العقوبة من باب التأثير والتأثر العائدين إلى الفعل والإنفعال الفلسفيين. وجدير بالذكر أن تشديد العقوبة لا يكون إلاّ إذا تجاوز الحد الأقصى الذي يُقرره القانون، فإذا كان للعقوبة حدان الأدنى والأقصى، فطبق القاضي الحد الأقصى لا يُعد ذلك تشديدا للعقوبة. ثم إنَّ التجاوز عن الحد الأقصى غير مسموح به قانوناً ما لم يُبرره ظرف أو سبب مؤثر يعترف به القانون على أساس الفعل والإنفعال الفلسفيين.

وإلى جانب الأسباب التي قد تمنع مسؤولية الجاني الجزائية أو تُخففها أو تمنع العقاب، هناك ظروف (أسباب) تقتضي على العكس من ذلك تشديد هذه المسؤولية.

وهذه الظروف منها ما هي متصلة بنفس الواقعة الإجرامية ويُطلق عليها ظروف عينية (أو مادية) ومنها ما هي متصلة بشخص الجاني وتسمى ظروفا شخصية.

والظروف المادية قد تتعلق بالجانب المادي للجريمة وتدل على ازدياد خطورتها، وقد تتصل بالفعل أو النتيجة، فإذا اتصلت بالفعل فهي تتطلب ارتكابه على نحوٍ يجعله أكثر خطورةً على المجتمع والفرد، وقد ترجع هذه الخطورة إلى طبيعة الوسيلة المستخدمة في العملية الإجرامية بحيث تزيد من جسامة الفعل الجرمي كإستعمال السم مثلا في جريمة القتل والإكراه أو العنف في جريمة السرقة.

وقد ترجع الخطورة الى وقوع الفعل في مكان معين كالسرقة في مكان مسكون، وقد ترجع خطورة الفعل الى وقوعه في زمان معين كالسرقة ليلا، وقد ترجع الى صفة الصلة بين الجاني والمجنى عليه ككون السارق خادما في دار المسروق منه، وككون المجنى عليه من أصول الجاني ونحو ذلك.

والأسباب المبررة للتشديد أو الظروف المشددة ليست على درجة واحدة من حيث الزام القاضي بتطبيق التشديد، بل تنقسم الى قسمين:

أ- الأسباب (أو الظروف) الجوازية:

فللقاضي سلطة تقديرية في تطبيق عقوبة تتجاوز الحد الأقصى أو تطبيق نفس العقوبة المقررة أصلا للجريمة كما في صورة العود.

وفي رأينا المتواضع أن هذه السلطة التقديرية للقاضي إنما تكون بالنسبة لمقدار التجاوز عن الحد الأقصى، وأما أصل التجاوز فإن القاضي ملزم به ولا يملك السلطة التقديرية في تطبيق التشديد أو عدمه، لأن ذلك قد أمر به القانون شأنه شأن بقية الظروف المقتضية للتشديد والإكراه والعنف في حالة ارتكاب جريمة السرقة.

ب- الأسباب (أو الظروف) الوجوبية:

فلا يحق للقاضي أن يحكم بالعقوبة المقررة أصلا للجريمة، بل عليه الحكم بما يتجاوز الحد الأقصى بضمنه العقوبة الأصلية، كما في حالة ارتكاب جريمة السرقة تحت ضغط الإكراه أو استعمال العنف لتسهيل ارتكابها.

واستبعاداً للتطويل الممل، نقتصر على بيان نموذجين من الجرائم التي تتأثر عقوباتها بالظروف المقترنة بارتكابها وهما جريمة العود وجريمة السرقة المرتكبة تحت ضغط ظروف خاصة.

اولا: جريمة العود:[١]

العود هو ارتكاب المتهم جريمة او اكثر بعد الحكم عليه نهائيا من اجل جريمة سابقة ويترتب على تأثير ظرف العود وتأثر الجريمة وبالتالي عقوبتها أثر يُعرف بتشديد العقوبة، لأن العود ظرف الشخص الذي يرتكب جريمة او اكثر بعد الحكم عليه نهائيا من اجل جريمة اخرى.

وينبني عليه تشديد عقوبة الجريمة الاخيرة على أساس فلسفي وهو ان عودة الجاني الى الاجرام دليل على ان العقوبة الاولى لم تُحقق غايتها وهي ردع الجاني ومنعه من تكرار جريمته.

---

[١] ينظر في هذا الموضوع المراجع الآتية:

د. محمود نجيب حسني/ المرجع السابق ص٧٠٧ وما يليها.

والقانون اللبناني (م٢٥٨) والسوري (م٢٤٨).

د. رؤوف عبيد، ص٧١٥ ومايليها.

د.محمود محمود مصطفى، بند ٤٧١، ٤٧٢، ٤٧٣، ٤٧٤.

الصلة بين العود والتعدد:

العود والتعدد يتفقان في ان الجاني في الحالتين يرتكب اكثر من جريمة واحدة، ويختلفان في ان في التعدد يفترض ارتكاب المتهم عددا من الجرائم قبل ان يُحكم عليه نهائياً من اجل إحداها. في حين يفترض في العود صدور حكم نهائي على المتهم قبل ان تصدر عنه الجريمة التالية.

وجدير بالذكر ان موضوع العود في الجرائم حظي باهتمام خاص من علمي الاجرام والعقاب، لأن حالة العائد تُمثل فشل العقوبة التي سبق ان حُكم على الجاني بها، كما تدل من ناحية اخرى على ان النزعة الجرمية قد تكون متأصلة لدى الجاني.

بالاضافة الى ان نداء الضمير في الانسان يضعف كلما تمادى في طريق الشر.

ثم ان الانسان لا يقلد غيره فقط في اي سلوك يسلكه، بل انه ميّال بالطبع الى تقليد نفسه ايضا بتكرار صدور الجرائم عنه سواء أكانت من نوع واحد ام من انواع مختلفة، وبوجه خاص اذا لم تُمثل السجون مدارس اصلاحية كما هي الحال في الوقت الحاضر في اكثر دول العالم، وإنما تمثل اسبابا لحصول معرفة اكثر في طريق ارتكاب الجرائم وتعلم الخبرة بشأنها حين الإحتكاك بغيره من الأشرار في المعتقلات.

انواع العود:

ينقسم العود الى انواع متعددة بحيثيات مختلفة منها ما يلي: -

أ- من حيث التماثل او التشابه ينقسم الى خاص وعام :

١- العود الخاص او(النوعي): هو الذي تكون الجريمة الثانية مشابهة او متماثلة مع الجريمة التي حُكم فيها نهائيا، كأن تكون السابقة واللاحقة جريمة سرقة[1].

٢- العود العام او (المطلق): هو الذي لا يراعى فيه التماثل او التشابه في النوع بين

---

[1] تعتبر الجرائم الجنسية في فقرة من الفقرات التالية متماثلة أو متشابهة لغرض تطبيق احكام هذا البند:

أ- جرائم الاختلاس والسرقة والاحتيال وخيانة الامانة ولغتصاب الاموال والسندات والتهديد واخفاء الاشياء المتحصلة في هذه الجرائم اوحيازتها بطريقة غيرمشروعة.

ب- جرائم القذف والسب والاهانة وافشاءالاسرار.

ج- الجرائم المتعلقة بالاداب العامة وحسن الاخلاق.

د- جرائم القتل والايذاء العمد.

هـ- الجرائم العمدية التى يجمعها القانون في باب واحد.

الجريمتين، كأن تكون الاولى ضربا مفضيا الى الموت والثانية سرقة.

ب- من حيث الوقت ينقسم الى مؤقت ومؤبد: -

١- العود المؤقت: هو الذي يشترط فيه ان تقع الجريمة الثانية في فترة زمنية معينة ويكون ذلك عادة متى كان الحكم الاول بعقوبة غير جسيمة اذ لا يمكن القول بعد مضى زمن ما بأن العقاب لم يثمر الثمرة المطلوبة.

٢- العود المؤبد او (المستديم): فهو بخلاف المؤقت فلا يُشترط فيه الشرط المذكور، حيث تُشدد عقوبة الجريمة الثانية ايًا كان الزمن الفاصل بينهما وبين الحكم النهائي في الجريمة الاولى.

وعادة تكون عقوبة الاولى في هذا النوع جسيمة بحيث يبقى اثرها الاصلاحي مدة طويلة وتبرر الثانية عقوبة شديدة.

ج- من حيث التكرار وعدمه ينقسم الى بسيط ومتكرر: -

١- العود البسيط: هو ان يكون ارتكاب الجريمة التالية مسبوقا بالحكم على المتهم بعقوبة واحدة.

٢- العود المتكرر: هو ان تتعد فيه العقوبات المحكوم بها وان تكون هذه العقوبات قد حُكم بها من اجل جرائم من نوع معين وان تكون الجريمة التي ارتكبها المتهم بعد ان حُكم عليه بتلك العقوبات من النوع نفسه.

ثمرة التقسيم:

لهذا التقسيم الاخير ثمرة عملية وهي ان مقدار تشديد العقوبة يختلف باختلاف نوعي العود، فيزداد مقداره اذا كان العود متكررا عما لو كان بسيطا، كما تختلف كيفية التشديد في النوعين فيكتفي الشارع في العود البسيط بزيادة الحد الاقصى الذي يجوز للقاضي ان يصل اليه من تشديد العقاب ويمكنه ان يرى ان هذا التشديد غير كاف في حالة كون العود متكررا. فيجيز ذلك الحكم بعقوبة من نوع يختلف عن نوع العقوبة التي كان يحكم بها لو كان المتهم غير عائد.

وجملة الكلام ان الشارع يرى في العود البسيط الدلالة على عدم ارتداع المتهم بالعقاب المقرر اصلا للجريمة فيكتفي بتوقيع العقاب نفسه مع زيادة مقداره.

بينما يرى في العود المتكرر قرينة على احتراف المتهم نوعا معينا من الجرائم فيرى العقوبة المقررة اصلا للجريمة غير كافية فيبدلها بنوع آخر من العقوبة.

شروط الحكم الذي يُحتسب سابقة في العود:

ينبغي ان تتوافر في الحكم القديم لاجل ان يُحتسب سابقة في العود، الشروط الاتية:

١- ان يكون الحكم صادرا من محكمة وطنية، فاذا كان صادرا من محكمة اجنبية لا يحتسب سابقة في العود.

٢- ان يكون الحكم بالادانة في دعوى جزائية صادرا من محكمة عادية او من محكمة استثنائية، لها ولاية الفصل في جرائم القانون العام كالمحاكم العسكرية او محاكم امن الدولة.

٣- ان يكون بعقوبة جزائية فلا يُعتد بالتدابير التقويمية التي يقضي بها على الاحداث.

٤- ان تكون العقوبة اصلية فلا يعتد في العود بالعقوبات التكميلية كالمصادرة مثلا.

٥- ان يكون في جناية او جنحة فلا يُعتد بالاحكام الصادرة في المخالفات.

٦- ان يكون الحكم السابق قد حاز حجية الشيء المحكوم فيه نهائياً، اما باستنفاذ طرق الطعن الثلاث وهي المعارضة والاستئناف والتمييز (النقض) واما بفوات ميعادها المحدد بالقانون.

٧- ان يكون الحكم السابق قائما لم تنتقض اثاره بعمد بمثل العفو الشامل او رد الاعتبار القانوني او القضائي او بصدور قانون جديد لاحق يجعل الفعل الذي حُكم به على الجاني بالعقوبة المقررة مباحا، لأنه في هذه الحالة يُزيل الصفة الجرمية عن هذا الفعل.

٨- أن لا تكون العقوبة المحكوم بها في جريمة سياسية سابقة في العود. والجريمة السياسية هي التي تُرتكب بباعث سياسي أو تقع على حقوق سياسية عامة أو فردية.

٩- لا يُعد حكم الإدانة الذي يشمله العفو سابقة في ظرف العود.

اما العفو عن العقوبة ذاتها كلها او بعضها فلا يحول دون احتساب الحكم الصادر بها سابقة في العود، لان أثره عندئذ مقتصر على منع تنفيذها بحسب الاصل وكذلك الشأن في سقوط العقوبة بالتقادم.

حالات العود

قد نصت قوانين العقوبات العربية على ثلاث حالات للعود ، بحيث لا يُعد المتهم عائدا الا اذا كان في حالة منها: -

الحالة الاولى: هي حالة الحكم على المتهم باحدى عقوبات الجنايات وهي السجن المؤبد او السجن المؤقت. فلا يعد المتهم عائدا اذا كان الحكم الاول حبسا او غرامة ولو صُدر هذا الحكم من اصل جناية توافرت لها ظروف مخففة.

الحالة الثانية: هي حالة الحكم على المتهم بالحبس مدة سنة فاكثر، ثم ارتكابه جنحة خلال خمس سنوات من تأريخ انقضاء عقوبته او من سقوطها بمضي المدة.

الحالة الثالثة: هي حالة الحكم على المتهم بالحبس مدة تكون اقل من سنة او الغرامة، ثم ارتكابه جنحة مماثلة للجريمة الاولى خلال خمس سنوات من تأريخ انقضاء الحكم الاول.

والفرق بين الحالة الثانية والثالثة هو كون هذه الحالة الأخيرة تفترض حكما اخف من الحكم الذي تفترضه الحالة الثانية، فمن حُكم عليه بالحبس مدة اقل من سنة او بالغرامة، يُعد عائدا طبقا للحالة الثالثة، بينما لا يكفي هذا الحكم حتى يُعتبر عائدا وفقا للحالة الثانية.[1]

آثار العود:

اذا توافرت عناصر العود وانتفت الموانع تترتب عليه اثار تفرضها التشريعات الجزائية العربية،[2] لكن كما ذكرنا سابقا تختلف آثار النوعين (العود البسيط والعود المتكرر) وتقدير هذا الفرق يخضع لسلطة القاضي التقديرية، لكن في جميع الاحوال يُمكن ارجاع اثار العود بنوعيه الى الآتي: -

---

[1] د. محمودنجيب، المرجع السابق ص ٧١٥.

[2] في موضوع العود واحكامه يُنظر في النصوص القانونية الآتية:
قانون العقوبات العراقي القائم المادتان (١٣٩–١٤٠).
قانون العقوبات المغربي الفصول(١٥٤– ١٦٠).
قانون العقوبات المصري القائم المواد(٤٩– ٥٤).
قانون للعقوبات الجزائري القائم المواد(٥٤– ٦٠).

١- تشديد العقاب بما لا يتجاوز ضعف الحد الاقصى المقرر من العقوبة الاصلية للجريمة ولا تتجاوز العقوبة حدا معينا تتحول الى عقوبة مؤبدة تستغرق حياة المحكوم عليه كلها.

٢- يجوز اخضاع العائد في بعض الجرائم لمراقبة البوليس، كما في جريمة السرقة والنصب، وتكون مراقبة البوليس عقوبة تكميلية تتراوح بين سنة وسنتين.

ورغم كل ذلك فان تشديد عقوبة العائد في ضوء قوانين العقوبات العربية القائمة جوازي، فيستطيع القاضي ان يمتنع عن تشديد العقاب ويكتفي في عقوبة الجريمة التالية ان يحكم بالعقوبة البسيطة التي يقررها القانون اصلا للجريمة، كما لم يكن هنالك اي نوع من العود.[١]

ثانيا: الطبيعة القانونية للظروف المشددة في جريمة السرقة[٢]:

السرقة: هي اخذ مال منقول مملوك للغير في حرز مثله بقصد تملكه واخذ مال الغير بهذه الطريقة يُمكن ان يكون معاقبا عليه في القانون بانواع من العقاب يختلف تبعا لاختلاف الظروف التي تحيط به، لان السرقة تتغير صفتها الجرمية بتغير الظروف التي يكون من شأنها تغليظ العقوبة لما فيها من الدلالة على خطورة الجاني.

---

[١] ومن شروح القوانين الجزائية:

د. محمودنجيب حسني، المرجع السابق ص ٧٠٨ ومايليها.

الاستاذ المحامي محسن ناجي/ الاحكام العامة في قانون العقوبات ص ٥١٥ ومايليها.

د.محمود محمود مصطفى، المرجع السابق ص ٦٧٠ ومايليها.

د.رؤوف عبيد، المرجع السابق ص ٧١٥ ومايليها.

[٢] ينظر في موضوع تشديد عقوبة السرقة المراجع القانونية الاتية: -

التشريع الجنائي في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي/ د. عبدالخالق النواوي/ ص٢٣٩ ومايليها.

الاحكام العامة في قانون العقوبات شرح على متون النصوص الجزائية/ المحامي محسن ناجي، ص٥١٠ ومايليها.

جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال/ دكتور رؤوف عبيد/ ص٢٧٥ ومايليها.

شرح قانون العقوبات العراقي الجديد لدكتور حميد السعدي، الإعتداء على الأموال، ٢٠١/٢ ومايليها.

الأردني (م٣٩٩) ومايليها. قانون الجزاء الكويتي (م٢٢٧) وما يليها.

مراحل جريمة السرقة هي خاطرة إجرامية تجول في الذهن ثم تتحول إلى عزم وتصميم ثم إلى مرحلة التحضير ثم إلى الإستعداد للتنفيذ.[١] ثم تحضير المفاتيح المصطنعة أو استعمال الحبال والقضبان لتسلق الجدران أو استعمال الكسار لكسر الأسوار، فالدخول في التنفيذ.

وقد لا تتم الجريمة لأسباب إرادية أو لا إرادية، فقانون العقوبات لا يُعاقب على مجرد فكرة التردد الذهني ولا على العزم والتصميم، لكن يعاقب على الشروع الذي لا يعقبه تنفيذ الجريمة لأسباب لا ارادية.[٢]

هذا في القانون، اما في الشريعة الاسلامية فإن جريمة السرقة من جرائم الحدود، ومن ميزات وخصائص هذه الجرائم انها لا تتأثر عقوباتها بالظروف المخففة والظروف المشددة، بل اذا توافرت اركانها وشروطها وانتفت موانعها، تطبق العقوبة الحدية المنصوص عليها في القرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالاً مِنَ اللَّهِ﴾[٣].

سبق ان بيّنا ان الظروف المشددة نوعان: مادية (عينية) وشخصية.

ومن الظروف المادية (العينية) المشددة: وهي تشمل ظروف المكان كالمكان المعد للسكنى او ملحقاته، او محل العبادة، او مكان المسور اذا وقعت السرقة بالكسر او التسور او استخدام المفاتيح المصطنعة المزورة او بكسر الاختام او بتعدد الجناة او حمل السلاح.

كما تشمل ظروف الزمان كالسرقة في الليل:

وهذه الظروف تعتبر صفة لاحقة بالجريمة وتدخل في تكوينها المادي وتسري احكامها على جميع المساهمين فيها.

ونتناول بايجاز الظروف المقترنة بارتكاب جريمة السرقة:[٤]

---

[١] هذه المراحل تشترك فيها جميع الجرائم.

[٢] د. حميد السعدي، المرجع السابق ٢/١٧٦ وما يليها.

[٣] سورة المائدة/ ٣٨

[٤] لمزيد من التفصيل ينظر القوانين العربية النافذة الآتية:

العراقي(م٤٣٦-٤٥٠)، الأردني (م٣٩٩-٤١٣)، سلطنة عمان (م٢٧٨-٢٨٧)، الليبي (م٤١٦- ٤٤٤)، القطري (م٢٦٠-٢٧٠)، الأماراتي (م٨٧-١٧٠) ، اليمني (م٢٩٤-٣٠٥)، اللبناني (م٦٣٥-٦٤٨)، الكويتي (م٢١٧-٢٤٢).

أ- الظروف المشددة الراجعة الى مكان ارتكاب السرقة:

اهتم المشرع في التشريعات الجزائية بتشديد العقوبة في السرقات التي تقع في الظروف الاتية :

١- المحل المسكون او المعد للسكن ولو لم يسكن فيه احد، او في احد ملحقاته. وفلسفة التشديد هي انتهاك حرمة المسكن والاخلال بالطمأنينة التي ينبغي ان تسود بين سكان امثال هذه المحلات، بالاضافة الى احداث الارباك والتحدي والتجاسر على ساكنيها.

٢- المكان المسور بحائط او سياج.

٣- المصرف او الحانوت او المخزن او المستودع.

٤- المحل المعد للعبادة او محطة سكك الحديدية او الميناء او المطار.

٥- الطريق العام خارج المدن والقصبات او فى القطارات، وفلسفة التشديد هي عدم توفر الحماية او النجدة فيها.

٦- انتهاز فرصة قيام حرب او هياج او فتنة او حريق او غرق سفينة او نحو ذلك. فهذه الاحوال تدل على الحالة العصبية والخطورة التي تتزامن مع وقوع السرقة.

ب- الظروف المشددة الراجعة الى زمان ارتكاب السرقة:

وقد حصر المشرع في التشريعات الجزائية هذه الظروف في السرقة التي تقع بين غروب الشمس وشروقها[1].

ويلاحظ ان اعتبار الليل الفلكي ظرفا مشددا لجريمة السرقة الذي هو عبارة عن الفترة الزمنية بين الشروق والغروب يتعارض مع فلسفة تشديد العقوبة وهي كون المسروق منه في حالة رهبة ظلام الليل، لان السرقة قبيل شروق الشمس او بعيد غروبها بزهاء ثلث ساعة بمثابة ارتكابها في النهار لعدم وجود أي ظلام او رهبة في هاتين المدتين من الزمان، فكان على المشرع ان يعتبر ظلام الليل ظرفا مشددا بدلا

---

[1] المادة (٤٤٠) من قانون العقوبات العراقى القائم

قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رفع التشديد الى الإعدام في ١٩٨٠/١٠/٣٠، ثم الى قطع اليد اليمنى في الرسغ وقطع رجل اليسرى من مفصل القدم في حالة العود في ١٩٩٤/٦/٤ وإلى الإعدام بدلا من القطع عند حمل السلاح إذا نشأ عن الجريمة موت شخص، وقد ألغيت هذه القرارات.

من الليل الفلكي ذاته. أي وقت الليل مع الغسق الى بعد زوال الشفق الذي يلي غروب الشمس وينتهي ببزوغ ضوء الفجر الذي يسبق طلوع الفجر.

ج- الظروف المشددة الراجعة الى تعدد الفاعلين في السرقة:

وحكمة تشديد العقوبة في هذه الحالة تعود الى تظافر اكثر من شخص على ارتكاب الجريمة والى جعل وقوعها محققا لان تعدد المجرمين يزيد من بأسهم ويقوي من عزيمتهم في تنفيذ عملهم الجرمي وانتهاكهم للقانون بالاضافة الى ان التعدد يحدث الرعب في نفس المجنى عليه ويشعر بعجزه عن المقاومة والدفاع عن ماله.

د- الظروف المشددة التي ترجع الى وسيلة ارتكاب جريمة السرقة:

وفلسفة التشديد هي ان للوسائل التي يستعملها الجناة في ارتكاب الجريمة دورا كبيرا في احداث الرعب وعجز المقاومة.

ومن هذه الوسائل الإكراه او استخدام العنف وحمل السلاح واستعمال طريقة كسر الباب او تسور جدار او استعمال مفاتيح مصطنعة او انتحال صفة او نحو ذلك.

وحكمة تشديد العقوبة على جريمة السرقة في هذه الحالات هي زيادة الخطورة المستلزمة لزيادة العقوبة.

هـ- الظروف المشددة النابعة من صفة خاصة بالجاني كالآتي: -

١- من الظروف الراجعة الى صفة خاصة بالجاني كونه خادما بالاجرة لدى المجنى عليه ويشمل الخادم (خادمة المنزل ومربية الاطفال، والطباخ والسائق، والفلاح الخاص، والحارس ونحو ذلك).

وفلسفة التشديد هي ان هذه الصفة تسمح لهؤلاء بالتردد الى منزل المخدوم، وترجع الى كون اموال المخدوم في متناول ايديهم ثم لان ثقة المجنى عليه بهم تحول دون اتخاذ الاحتياطات ضد السرقات.

٢- او كون الجاني عاملا او صانعا ونحوهما ممن يعملون في المحلات التجارية ويقومون باعمال كتابية او حسابية او تجارية او ادارية.

وفلسفة تشديد عقوبة سرقة هؤلاء مبنية على اساسين:

احدهما: اعتبارهم محل الثقة والاعتماد لدى المجنى عليه.

والثاني: سهولة ارتكاب الجريمة لكون الاموال المسروق مكشوفة ومعلومة لديهم او في متناول ايديهم.

٣- او كونه موظفا او مكلفا بخدمة عامة في الدوائر الرسمية وشبه الرسمية. واساس التشديد في حالة قيام هذا الظرف هو ان مرتكب جريمة السرقة مكلف بخدمة عامة اثناء تأدية وظيفته ويعمل باسم المصلحة العامة وعمله الجرمي اهانة لشرف الوظيفة وإساءة لسمعة الدائرة التي ينتمي اليها هذا الموظف.

٤- أو كون السارق من احد أفراد القوات المسلحة من الجيش او الشرطة او الأمن او من الحراس الليليين. وفلسفة التشديد في هذا الظرف هي الخيانة في امانة اداء واجبهم بالاضافة الى ان السرقة في هذه الحالة تنصب على الاموال العامة، والاعتداء على الاموال العامة أخطر بكثير من الاعتداء على الاموال الخاصة بالاضافة الى ان الشخص المسؤول في القوات المسلحة يستغل مركزه الرسمي للقيام بارتكاب هذه الجريمة.

و- الصفة الخاصة بالمجني عليه: ومن هذا القبيل :

١- جرحى الحرب: وقد شددت القوانين الجزائية على عقوبة السرقة التي تنصب على اموال جرحى الحرب. وفلسفة التشديد هي عجز هؤلاء عن الدفاع عن انفسهم واستغلال الجاني ظروفهم الصحية.

٢- سرقة اموال المرضى والعجزة: لقد اعطى القانون حالة المرضى والعجز الاهمية التي اعطاها لجرحى الحرب لنفس السبب والعلة المذكورة.

ز- صفة المال المسروق: شدد القانون الجزائي على حماية اموال الدولة والشركات التي تساهم الدولة في رأسمالها وبالتالي شدد في عقوبة الاعتداء على اموالها لأن فائدة هذه الاموال تكون للمجتمع وتستخدم للنفع العام[1].

---

[1] د.حميد السعدي، المرجع السابق ٢/٢٠٦ وما يليها.

المبحث الرابع
الظروف المُعفية (المانعة) من العقاب

سبق في الفصلين الاول والثاني من الباب الثاني بيان الظروف المؤثرة في الركنين الشرعي والمعنوي وبيّنا ان المؤثر في الركن الشرعي أثره تحول الفعل من صفته الجرمية الى الإباحة، والمؤثر في الركن المعنوي اثره رفع المسؤولية الجزائية، وان كل ماهو سبب الاباحة او مانع للمسؤولية الجزائية يُعد معفيا(مانعا) من العقاب، لأن النسبة المنطقية بينهما وبين مانع العقاب العموم والخصوص المطلق، فكلما تحقق أحد المؤثرين يتحقق مانع العقاب.

وبناء على هذه النسبة المنطقية نكتفي بما بحثناه في الفصلين السابقين مما يتعلق باسباب الاباحة وموانع المسؤولية الجزائية.

ونضيف في هذا المبحث الى ما سبق ما هو مانع من العقاب فقط دون ان يكون سببا من اسباب الاباحة او مانعا من موانع المسؤولية الجزائية، ومن هذه الموانع ما يأتي:

اولا: ظرف الاخبار:

الاخبار عن وجود اتفاق جنائي من قبل المشاركين في هذا الاتفاق قبل ارتكاب الجريمة المتفق عليها وقبل قيام السلطات العامة بالبحث والاستقصاء عن الجناة المتفقين على ارتكاب جناية او جنحة، وقد نصت اكثر قوانين العقوبات على هذا المانع المعفي من العقاب، منها قانون العقوبات العراقي القائم حيث نص في المادة (٥٩) على انه (يُعفى من العقوبات المقررة في المواد (٥٦-٥٧-٥٨) كل من بادر بإخبار السلطات العامة بوجود اتفاق جنائي وعن المشتركين فيه قبل وقوع اية جريمة من الجرائم المتفق على ارتكابها وقبل قيام تلك السلطات بالبحث والاستقصاء عن اولئك الجناة. اما اذا حصل الاخبار بعد قيام تلك السلطات بذلك فلا يُعفى من العقاب الا اذا كان الاخبار قد سهّل القبض على اولئك الجناة).

ويُستخلص من هذه المادة انه يُشترط لهذا الاعفاء توافر امرين: -

احدهما: الاخبار عن وجود اتفاق جنائي وعن المشتركين فيه على ان يكون الاخبار شاملا لكافة تفاصيل الاتفاق التي اطلع عليها المُخبر.

والثاني: ان يقع الاخبار قبل قيام السلطات العامة بالبحث والاستقصاء.

وفلسفة اعفاء الجاني من العقاب تحقيق هدفين: -

١- تشجيع الجاني على الرجوع عما اقدم عليه.

٢- الاعفاء يؤدي الى كشف الاتفاق وكشف اعضائه والساعين لتكوينه ويأخذون جزاءهم العادل.

ثانيا: ظرف الافراج الشرطي: [1]

الافراج تحت شرط هو اخلاء سبيل المسجون قبل انقضاء مدة العقوبة المحكوم بها عليه، والمراد بتعبير (تحت شرط) هو ان الافراج مشروط بأن يبقى المُفرج عنه مستقيم السلوك الى ان تنتهي المدة المحكوم بها عليه والا يُعاد للسجن مرة ثانية لاستيفائها كاملة.

وفلسفة هذا النظام هي تشجيع المسجونين على حسن سلوكهم اثناء تنفيذ العقوبة والتدرج بالمحكوم عليه باخضاعه بعد الافراج لنظام من الحرية المطلقة ولاعتبار ظرف الافراج عاملا مؤثرا يشترط ان يتوافر فيه ما يلي: -

أ- ان يكون سلوكه اثناء وجوده في السجن يدعو الى الثقة بتقويم نفسه.

ب- ان يكون قد وفى الالتزامات المالية المحكوم بها عليه.

ج- ان لا يكون في الافراج عنه خطر على امن العام.[2]

ومن الواضح ان ظرف الافراج اذا توافرت شروطه يؤدى الى اعفاء الجاني عن مدة العقوبة الباقية وبالتالي يكون مانعا من استمرار هذه العقوبة.

ثالثا: ظرف ايقاف التنفيذ: [3]

يكون إيقاف التنفيذ سبباً لاعفاء الجاني من تنفيذ العقوبة عليه اذا توافرت شروطه القانونية الاتية:

---

[1] قانون العقوبات المغربي الفصل (٥٩)

د.محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص٦٤١ ومايليها، بند ٧٩٣.

[2] د.محمود محمود مصطفى – المرجع السابق ص ٥٨٣.

[3] قانون عقوبات سلطنة عمان (م٦٧)، قانون الأمارات ص٥٥، قانون العقوبات المغربي الفصل(٥٦) والسوري (م١٦٨).. د.رؤوف عبيد، المرجع السابق ٦٦٥ و ٦٦٧.

أ- ان تكون الجريمة المرتكبة جناية او جنحة فلا يجوز ايقاف تنفيذ العقوبة اذا كانت الجريمة المرتكبة مخالفة، لأن القسم الأعظم من المخالفات معاقب عليها بالغرامة فلا يجوز تطبيق نظام الإيقاف فيها.

ب- ان لا تكون الجريمة مخلة بالشرف بحيث تدل على إنحطاط في أخلاق مرتكبيها، لان فلسفة ايقاف التنفيذ هي رعاية ماضي المرتكب وعدم توقع العود الى ارتكاب جريمة جديدة وهذا الشرط يجب ان يؤخذ بنظر الاعتبار رغم اطلاق النص الوارد بشان ايقاف التنفيذ[1].

ج- ان تكون العقوبة سالبة للحرية (السجن أو الحبس) فلا يجوز ايقاف التنفيذ اذا كانت العقوبة غرامة.

د- ان تكون العقوبة المقضي بها هي الحبس مدة لا تزيد على سنة.

هـ- ان لا يكون الجاني قد سبق الحكم عليه لجريمة عمدية.

ويُلغى ايقاف التنفيذ ويُرفع المانع ويعود الممنوع في احدى الحالات الاتية:

١- اذا نكل المحكوم عليه عن الوفاء بشروط وقف التنفيذ بأن لم يفِ بتعهده بحسن السلوك مدة ايقاف التنفيذ او لم يف بأداء التعويض المحكوم به كله او بعضه.

٢- اذا ارتكب خلال مدة التجربة(ثلاث سنوات)جناية او جنحة عمدية حُكم عليه من اجلها بأكثر من ثلاثة أشهر، اما اذا ارتكب المخالفة خلال مدة التجربة فلا يُلغى الايقاف.

٣- اذا ظهر خلال مدة التجربة انه كان قد ارتكب جناية او جنحة عمدية لم تكن المحكمة على علم بها حين اقرت ايقاف التنفيذ.

شروط الغاء وقف التنفيذ:

أ- ان يكون ايقاف التنفيذ حكما نهائيا مكتسبا درجة القطعية، فاذا كان الحكم مازال ابتدائيا لم يُطعن فيه بالتمييز ولم تمض عليه مدة التمييز او كان قد طُعن فيه بالتمييز ولكن لم تبت بعد محكمة التمييز فيه، فلا يجوز وقف التنفيذ بموجبه.

ب- ان تعلم المحكمة بالحكم السابق خلال مدة التجربة (ثلاث سنوات) اعتبارا من تاريخ ايقاف التنفيذ، فان علمت به بعد انتهائها فلا يمس وقف التنفيذ.

---

[1] المراجع السابقة.

ج- ان يكون الغاء الايقاف بناءً على طلب من الادعاء العام ولا يُعتد بطلب الجاني.

وفلسفة هذا الشرط هي ان تنفيذ العقوبة وايقاف التنفيذ ليسا حقا للمجنى عليه او الشخص المتضرر من الجريمة، بل هما من حقوق الهيئة الاجتماعية.[1]

رابعا: ظرف الاخبار عن الجرائم الماسّة بأمن الدولة الداخلي:

ظرف الاخبار المؤثر في الجريمة اثره اعفاء الجاني المشترك في اتفاق جنائي او في العصابات او الجمعيات او المنظمات او الهيئات او الفروع المنصوص عليها في باب الجرائم الماسّة بأمن الدولة ولم يكن فيها رئاسة او وظيفة وانفصل عنها عند أول تنبيه من السلطات الرسمية.[2]

ومن الاخبار المعفي من العقاب اخبار السلطات العامة بالجرائم الماسّة بأمن الدولة قبل البدء في تنفيذ الجريمة وقبل البدء في التحقيق.

ويجوز للمحكمة الاعفاء من العقوبة اذا حصل الاخبار بعد تنفيذ الجريمة وقبل البدء في التحقيق. ويجوز لها ذلك اذا سهّل المخبر للسلطات اثناء التحقيق القبض على مرتكبي الجريمة الاخرين.[3]

خامسا: ظرف الاخبار عن مكان المخطوف:

يعفى الجاني من العقاب المشترك في جرائم القبض على الاشخاص او خطفهم او حجزهم اذا اخبر السلطة العامة واعلمها بمكان وجود المخطوف قبل اكتشافها له وارشد عن هذا المكان وعرف بالجناة الاخرين وترتب على ذلك انقاذ المخطوف والقبض على الجناة.[4]

سادسا: ظرف الوفاة المؤثر في العقاب من حيث الاعفاء منه:

اذا توفى المحكوم عليه قبل صيرورة الحكم نهائيا تسقط الجريمة وبالتالي تسقط الدعوى الجزائية والعقوبة ويزول كل اثر لهذا الحكم لان الموت يؤدي الى انعدام الشخصية القانونية

---

[1] ينظر قانون العقوبات العراقي القائم المواد (١٤٤- ١٤٩).
قانون العقوبات المصري القائم المواد (٥٥- ٥٩).

[2] قانون العقوبات العراقي القائم المادة (٢١٧).

[3] المادة (٢١٨) من قانون عقوبات العراقي القائم.

[4] المادة (٤٢٦/٢) من قانون العقوبات العراقي القائم.

للمتوفى، ثم ان الجريمة والعقوبة شخصيتان لا تنتقلان الى ورثة الجاني بناء على قاعدة (وَلاَ تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى)، سواء حدثت الوفاة قبل رفع الدعوى او بعده، وقبل صدور الحكم فيها او بعده وقبل صيرورته نهائيا. غير ان لمن تضرر من الجريمة حق اقامة الدعوى المدنية امام المحكمة المدنية المختصة لان هذه الدعوى لا تسقط بالوفاة، حيث يتعلق حق المدعي المالي بتركة المتوفى بعد الوفاة. اما اذا توفي المحكوم عليه بعد صيرورة الحكم نهائيا باكتسابه الدرجة القطعية، فالذي يسقط هو العقوبة غير المالية سواء كانت اصلية او تبعية أو تكميلية، غير ان الراجح في الفقه الجنائي الذي اخذ به المشرع العراقي والمصري[1] هو استثناء العقوبات المالية التي اكتسبت درجة البتات من السقوط كالغرامة والرد.

كما استثنيت من السقوط التدابير الاحترازية المالية كالمصادرة واغلاق المحل، فهذه العقوبات المالية تُنفذ من تركة المتوفى بمواجهة ورثته.

وفلسفة الاستثناءات المذكورة هي ان رد الشيء محل الجريمة واجب بحكم القانون سواء حُكم بالادانة او لا، وكذلك الحال بالنسبة للتدابير الاحترازية المالية.

اما بالنسبة للغرامة فالامر مختلف فيه، فالرأي الراجح في الفقه الجنائي كما ذكرنا انها بعد الحكم بها نهائياً تُصبح دينا بذمة المحكوم عليه وتنتقل بالوفاة الى تركته.[2]

سابعا: تأثير ظرف العفو العام في العقاب:

العفو العام يصدر بقانون ويترتب عليه انقضاء الدعوى ومحو الحكم بإدانة المتهم، كما تسقط جميع العقوبات الاصلية والتبعية والتكميلية والتدابير الاحترازية، ولكن لا يكون له أثر رجعي، فلا يؤثر على ما سبق تنفيذه من العقوبات ما لم ينص قانون العفو على خلاف ذلك.

واذا كان العفو عن جزء من العقوبة المحكوم بها، اعتُبر في حكم العفو الخاص وتسري عليه احكامه ولا يمس العفو الحقوق الشخصية للغير، ويترتب على تأثير العفو العام آثار منها جزائية، ومنها مدنية، ومنها تأديبية: -

---

[1] قانون العقوبات العراقي القائم (م ١٥٢)، وقانون العقوبات المصري القائم (م ٧٤).

[2] الاحكام العامة في قانون العقوبات، شرح على متون النصوص الجزائية؛ محسن ناجي. المرجع السابق، ص٥٥٦

١- الاثار الجزائية:

أ- سقوط الادانة اذا صدر حكم بها في الدعوى الجزائية واطلاق سراح المحكوم عليه اذا كان في السجن كما يترتب عليه قبل الحكم ايقاف اتخاذ كافة الإجراءات القضائية ضد المتهم.

ب- تسقط جميع العقوبات الاصلية والتبعية والتكميلية والتدابير الاحترازية عدا التي تأبى طبيعتها القانونية الرجوع فيها.

ج- لا يُعد حكم الادانة الذي يشمله العفو سابقة في ظرف العود.

د- تعود الى المحكوم عليه جميع حقوقه الممنوعة منه والتي سبق ان فقدها عند صدور الحكم بالادانة.

٢- الاثار المدنية:

العفو العام لا يمس الحقوق الشخصية للغير ويترتب عليه مايأتي: -

أ- سقوط دعوى الحق العام بالعفو الشامل الذي لا يمس حقوق الاشخاص ممن تضرروا بسبب الجريمة، فمن حق المضرور ان يُراجع المحاكم المدنية لاستحصال ماله من الحقوق الشخصية المترتبة على الجريمة.

ب- اذا قضى بتلك الحقوق الشخصية الناشئة عن الجريمة في الدعوى الجزائية، فان العفو العام لا يشملها، ومن حق المضرور المحكوم له بها تنفيذ حقوقه على اموال المعفو عنه، وليس بوسع هذا الاخير الاحتجاج قبله بقانون العفو العام.

٣- الاثار التأديبية:

يترتب على العفو العام من الناحية التأديبية الاثار الاتية :

أ- اذا كان المحكوم عليه موظفا في دائرة حكومية رسمية او شبه رسمية او كان من الطوائف الدينية او النقابية او نحو ذلك، وسلطة التأديب حرمته من تلك الحقوق، عادت اليه تلقائيا دون حاجة لاصدار قرار جديد من السلطة التأديبية باعادتها.

ب- اذا كان قرار السلطة التأديبية لم يُبْنَ على ذات الوقائع التي بني عليها الحكم الجزائي، فان القرار الصادر عنها يبقى نافذا في حقه وذلك لاستقلال الدعويين الجزائية والتأديبية[1].

---

[1] المادة (١٥٣) ق.ع.ع، الاستاذ محسن ناجي، المرجع السابق ص ٥٥٧ومابليها.

ثامنا: ظرف الصفح والصلح:

الصفح هو تنازل المجنى عليه عن حقه بالنسبة للجاني فيما يترتب على جريمته من الاثار وهو لا يقع الا في الجرائم التي تقبل الصلح، فصفح المجنى عليه من حيث اعتباره ظرفا او (سببا) مؤثراً ومانعا من العقاب لا يكون جائزا الا في الجرائم التي يجوز فيها الصلح بشروطه القانونية، وهذه الجرائم هي التي يتوقف تحريك الدعوى الجزائية فيها على تقديم شكوى من المجنى عليه او من يقوم مقامه قانونا، والتي وردت في المادة الثالثة من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقية القائم[1].

وفلسفة منع تحريك الدعوى في هذه الجرائم الا بالشكوى من المجنى عليه او من يقوم مقامه قانوناً، هي المحافظة على سمعة المجنى عليه من الاساءة، لأن في اتخاذ الاجرءات القضائية فيها بصورة علنية إساءة لسمعة ذي العلاقة وفضح غير مأمون العواقب لعلاقات يجب ان تظل مستورة، ولأن الجريمة خاصة لا تمس المجتمع الا من بعيد.

ولا يكون الصلح جائزا الا في هذه الجرائم، لأن هذا الصلح اذا وقع يكون بمثابة الصفح[2]

---

[1] أ- لا يجوز تحريك الدعوى الجزائية الا بناءاً على شكوى المجنى عليه او من يقوم مقامه قانونا في الجرائم الاتية:

١- زنا الزوجية او تعدد الزوجات خلافا لقانون الاحوال الشخصية.

٢- القذف او السب او افشاء الاسرار او الاخبار الكاذب او التهديد بالقول او الايذاء الخفيف اذا لم تكن الجريمة وقعت على مكلف بخدمة عامة اثناء قيامه بواجبه او بسببه.

٣- السرقة والاغتصاب او خيانة الامانة او الاحتيال او حيازة الاشياء المتحصلة منها اذا كان المجنى عليه زوجا للجاني او احد اصوله او فروعه ولم تكن هذه الاشياء محجوزا عليها قضائيا او اداريا او مثقلة بحق لشخص آخر.

٤- اتلاف الاموال او تخريبها عدا اموال الدولة اذا كانت الجريمة غير مقترنة بظرف مشدد.

٥- انتهاك حرمة الملك او الدخول في ارض مزروعة او مهيئة للزرع او ارض فيها محصول او ترك الحيوانات تدخل فيها.

٦- رمي الاحجار او الاشياء الاخرى على وسائل النقل او بيوت او مباني او بساتين او حظائر.

٧- الجرائم الاخرى التي ينص القانون على عدم تحريكها الا بناءا على شكوى من المتضرر منها.

ب- لايجوز تحريك الدعوى الجزائية في الجرائم الواقعة خارج الجمهورية العراقية الا بإذن من وزير العدل.

[2] وقد صدقت محكمة التمييز بقرارها المرقم ٦٥٩/ جزاءاً تميزياً صفح /١٩٧١في ١٩٧١/٨/٥ قرارا صادرا من محكمة الجزاء الكبرى لمحافظة ديالى وقضت فيه بالاتي: (تقرر عدم قبول الصفح

من المجنى عليه عما ارتكبه الجاني، وفق المادة (٣٣٨) من قانون اصول محاكمات الجزائية العراقي القائم.[1]

والصفح من المجنى عليه يعني تنازله عن الشكوى التي قدمها بعفوه عن مرتكب جريمة وقعت عليه يجوز الصلح عنها.

شروط الصفح:

يشترط لاعتبار الصفح ظرفا مؤثرا في العقوبة توافر الشروط الاتية: -

١- ان تكون الجريمة من الجرائم التي تقبل الصلح وهذا الشرط منصوص عليه بالفقرة (د) من المادة (٣٣٩) من قانون اصول محاكمات الجزائية العراقي القائم.[2]

والجرائم التي تقبل الصلح تنقسم الى طائفتين: -

احداهما: جرائم معاقب عليها بالحبس مدة سنة فاقل وهذه تقبل الصلح بدون موافقة من المحكمة اي ان الصلح يقبل فيها ويكون الزاميا فعلى المحكمة ان تقره في ما عدا جرائم التهديد، والايذاء، واتلاف الأموال او تخريبها فالصلح فيها لا يقبل الا بموافقة المحكمة حتى ولوكانت العقوبة اقل من سنة.

والثانية: هي الجرائم المعاقب عليها باكثر من سنة فهي لا تقبل الصلح الا بموافقة المحكمة وفق ما نصت عليه المادة (١٩٥) من قانون اصول محاكمات الجزائية العراقي.[3]

من المحكوم عليه (ح) الصادر ضده من نفس هذه المحكمة بتاريخ ١٩٧٠/٤/٢٥ حكما بالحبس الشديد لمدة سنتين وفق المادة (٤٠٩) من ق.ع.ع وذلك لان الجريمة المذكورة من الجرائم التي لا تقبل الصفح).

[1] نصت المادة على ان (للمحكمة التي اصدرت الحكم او المحكمة التي حلت محلها ان تقرر قبول الصفح عمن صدر عليه حكم بعقوبة اصلية مقيدة للحرية في جريمة يجوز الصفح عنها، سواء اكتسبت الحكم الصادر فيها درجة البتات او لم يكتسبها).

[2] نصت الفقرة (د) على أنه: تقبل المحكمة الصفح اذا كانت الجريمة مما يجوز الصفح عنها دون موافقة المحكمة ولها ان تقبله في الاحوال الاخرى.

[3] التي نصت على انه:

أ- (اذاكانت الجريمة المشار اليها في (م ١٩٤) معاقبا عليها بالحبس مدة سنة فأقل او بالغرامة فيُقبل الصلح فيها دون موافقة الحكم او المحكمة.

وبناءً على ذلك صفح المجنى عليه يكون جائزا بدون موافقة المحكمة في الجرائم التي لا يتوقف الصلح فيها على تلك الموافقة، كما يكون جائزا بموافقة المحكمة في الجرائم التي يتوقف الصلح فيها على هذه الموافقة، لأن الصفح لا يجوز الا فيما يجوز فيه الصلح.

٢- ان تكون العقوبة المقضي بها من العقوبات الاصلية المقيدة للحرية وفقا للمادة(٣٣٨) من القانون المذكور.

ولهذا الشرط عنصران: -

احدهما: ان يكون الحكم قد صدر ضد المحكوم عليه سواء كان حكما ابتدائيا لم يكتسب القطعية او مكتسبا، فالصفح جائز في الحالتين، فعلى المحكمة اصدار الحكم به وإطلاق سراح المحكوم عليه فوراً.

والثاني: ان تكون العقوبة اصلية مقيدة للحرية كالحبس، فاذا كانت غرامة او من التدابير الاحترازية فلا يجوز الصفح.

وبناء على ذلك يجب ان يكون الصفح مسبوقاً بتلك العقوبة.

٣- ان لايكون الصفح مقترنا بشرط او معلقا عليه، فاذا كان صفح المجنى عليه مشروطا باخذ تعهد من المحكوم عليه قبل اطلاق سراحه او كان معلقا على تحقيق مصلحة شخصية للمجنى عليه، يكون الصفح باطلا فلا يترتب عليه اثر.

وفلسفة هذا الشرط الاخير هي ان الصفح سبب او ظرف لسقوط الجريمة بسقوط دعوى الحق العام الذي يترتب عليه انعدام الجريمة، فاذا قُيد او عُلّق تعذر ترتب آثاره، لأن الجريمة اذا انعدمت لا يترتب عليها اي اثر من آثارها، وهذا الشرط مأخوذ من الفقرة (هـ)من المادة (٣٣٩)من القانون المذكور.

ب- اذا كانت الجريمة معاقبا عليها بالحبس مدة تزيد على سنة فلا يُقبل فيها الصلح الا بموافقة الحاكم او المحكمة.

ج- يُقبل الصلح بموافقة الحاكم او المحكمة في جرائم التهديد والايذاء واتلاف الاموال او تخريبها ولو كان معاقبا عليها بالحبس مدة لاتزيد على سنة.

الاستنتاج:

يستنتج من عرضنا المذكور بالنسبة للصفح والصلح، انهما متلازمان في المنطق القانوني بحسب التحقق، حيث لا صفح الا فيما يجري فيه الصلح من الجرائم. كما لا يتحقق الصلح الا بتنازل كل من الطرفين (الجاني والمجنى عليه) عن جزء من حقه على الاخر، فهما من حيث التلازم بمثابة ظرف او(سبب) واحد لسقوط العقوبة، ورغم ذلك فقد افرد المشرعون كل واحد منهما بمعالجة خاصة. لذا يجوز اعتبار كل منهما نظرياً سبباً او ظرفاً مؤثراً مستقلاً تتأثر به الجريمة وبالتالي عقوبتها، وتكون محصلة التأثير والتأثر الفلسفيين سقوط العقوبة ومنع عقاب الجاني.

تاسعا: ظرف العفو الخاص:

العفو الخاص يصدر بمرسوم جمهوري ويترتب عليه سقوط العقوبة المحكوم بها نهائياً كلها او بعضها او ابدالها بعقوبة اخف منها من العقوبات المقررة قانوناً.

ولا يترتب على العفو الخاص سقوط العقوبات التبعية والتكميلية ولا الاثار الجزائية الاخرى، ولا التدابير الاحترازية، ولايكون له اثر على ماسبق تنفيذه من العقوبات.

وكل ذلك ما لم ينص مرسوم العفو على خلاف ذلك.[١]

الموازنة بين الظرف العام والظرف الخاص:

ظرف العفو الخاص يختلف عن ظرف العفو العام من اوجه اهمها مايأتي:

١- العفو الخاص يقتصر اثره على العقوبة فقط، فيُعفى المحكوم عليه منها كلياً او جزئياً او تبديلاً، فإذا كان جزئياً يتوجه المنع الى المقدار المشمول بالعقوبة، واذا كان تبديلاً فالمنع يكون بالنسبة للعقاب الاصلي المُبدل منه دون بدله.

بخلاف العفو العام فإنه لا يقتصر على العقوبة، بل ينصب على جريمة معينة او جرائم معينة فيُسقطها. ويترتب على ذلك آثار متعددة بضمنها سقوط الجريمة ذاتها وعقوبتها والاثار الجزائية الاخرى التي يستتبعها.

٢- العفو الخاص يصدر بمرسوم جمهوري وبقرار خاص، بينما العفو العام يصدر بقانون.[٢]

---

١ المادة (١٥٤)ق.ع.ع.

٢ المادة (١٥٣) ق.ع.ع.

٣- لا يترتب على العفو الخاص سقوط العقوبات التبعية ولا التكميلية ولا الاثار الجزائية الاخرى ولا التدابير الاحترازية.[1]

بخلاف العفو العام فانه يترتب عليه انقضاء الدعوى ومحو حكم الادانة الذي قد يصدر فيها وسقوط جميع انواع العقوبات والتدابير.[2]

اهمية العفو الخاص:

للعفو الخاص عن العقوبة اهمية كبيرة من اوجه كثيرة منها ماياتي: -

أ- تدارك الاخطاء القضائية : قد يُخطيء القاضي في إدانة المتهم والعفو الخاص يعالج هذا الخطأ ويُزيل آثاره.

ب- اتباع طرق الطعن قد لا يُحقق العدل المنشود من الحكم بالعقوبة، فيأتي العفو الخاص فيُزيل آثار هذا الخلل.

ج- قد لا يكون حجم العقوبة ملائما مع حجم الجريمة وخطورتها، فحين يُخفف العفو الخاص العقوبة يتحقق هذا التوازن بين هذين الحجمين.

د- قد لا يُقوِم العقاب الكامل سلوك المحكوم عليه، فيأتي العفو الخاص فيُخفف العقوبة ويُحقق فلسفتها الاصلاحية.

صور العفو الخاص:

للعفو الخاص صور ثلاث وهي:

١- الاعفاء من العقوبة بكاملها، ففي هذه الصورة يجب اخلاء سبيل المحكوم عليه من السجن فورا.

٢- اعفاء الجاني من جزء من عقوبته كتخفيف السجن من ست سنوات الى ثلاث، او تنزيل الحبس من اربع سنوات الى سنة مثلا.

٣- تبديل نوع العقوبة الى نوع آخر كتبديل السجن بالحبس والحبس بالغرامة.

غير ان التبديل يتطلب توافر الشروط الاتية: -

أ- ان يكون التبديل من الاشد الى الأخف دون العكس.

---

[1] المادة (١٥٤/٢) ق.ع.ع.

[2] المادة (١٥٤/١) ق.ع.ع

ب- ان يكون التبديل كالاصيل مقررا بالقانون رعاية لقاعدة (لا جريمة ولا عقوبة الا بنص).

ج- ان لا يتضمن المرسوم في تبديل العقوبة بنوع آخر شرطا يضر بحال المحكوم عليه ولا يؤدي الى سوء مركزه، لأن مثل هذا الشرط يُعد تشديدا وهو يتنافى مع التخفيف.

شروط العفو الخاص :

يتطلب العفو الخاص توافر الشروط الاتية: -

١- ان يكون الحكم مكتسبا درجة البتات لان العفو لا يقع الا على حكم بعقوبة لا يُمكن تلافيه بأي طريق من الطرق القانونية للطعن.

٢- صدور العفو الخاص بمرسوم جمهوري وبخلاف ذلك لا ينفذ العفو.[1]

عاشرا: ظرف التقادم[2]:

التقادم هو مضي مدة من الزمن اعتبارا من تأريخ صدور الحكم النهائي بالعقوبة قبل ان يتخذ خلالها اجراء تنفيذها. ويترتب على تأثير التقادم وتأثر العقوبة أثر وهو انقضاء حق المجتمع في تنفيذها.

اما التقادم في الدعوى الجزائية فهو عبارة عن مضي مدة من الزمن من تاريخ ارتكاب الجريمة او اى اجراء من إجراءات الدعوى الجزائية ويترتب على تأثير انتهاء مدة التقادم وتأثر الدعوى الجزائية أثره وهو انقضاء حق المجتمع في تحريك هذه الدعوى.

فلسفة سقوط العقوبة بالتقادم هي: ان تنفيذها بعد مضي التقادم لا يُحقق غرضا من اغراضها من تحقيق العدالة ومصلحة المجتمع في الردع الخاص (منع الجاني من العود) والردع العام (منع الغير من الاقتداء به والانحراف الى ارتكاب الجريمة).

---

[1] الاستاذ محسن ناجي- المرجع السابق ص ٥٧٢
قانون العقوبات العراقي القائم (م ١٥٤) والمصري القائم المواد(٧٤-٧٦)، الاردني (م ٥١) السوري (م ١٥١-١٥٥).

[2] في ظرف التقادم يُنظر قانون الإجراءات الجنائية المصري القائم المواد(٥٢٨-٥٣٣)، د.محمود نجيب حسني- المرجع السابق ص ٧٥٤ومايليها. د.محمود محمود مصطفى - المرجع السابق ص٦٩١ومايليها، د.رؤوف عبيد - المرجع السابق ص ٨٧٧ومايليها.

بالاضافة الى ذلك فان المتهم قد لقي جزاءه بتواريه عن الانظار طيلة مدة التقادم، الأمر الذي قد سبب له الكثير من الإيلام، وفوّت عليه اغلب مصالحه، وخسر فرصا كثيرة من متطلبات حياته وغير ذلك مما لا يقل عن إيلام العقوبة المقررة لجريمته لو نُفذت.

ولأنه لا مصلحة للمجتمع في تنفيذ العقوبة بعد ان مُحيت الجريمة وعقوبتها من ذاكرة الناس واسدل النسيان على الذكريات التي اثارتها الجريمة.

العقوبات المتأثرة من حيث انقضاؤها بظرف التقادم:

لا تتأثر بظرف التقادم الا العقوبات التي يتطلب تنفيذها اتخاذ إجراءات معينة تتضمن اعمالا مادية على شخص المحكوم عليه او على امواله، وهي العقوبات البدنية كالاعدام والسالبة للحرية كالسجن المؤبد او المؤقت والحبس او العقوبات المالية الممثلة بالغرامة.

اما العقوبات التي لا يتوقف تنفيذها على اتخاذ إجراءات لا تتضمن اعمالا مادية على شخص المحكوم عليه او على ماله، فلا يُتصور انقضاؤها بالتقادم.

ومن العقوبات التي لا تنقضي بالتقادم مايلي:

أ- المصادرة: فهي لا تزول بالتقادم لانها تُعد منفذة بمجرد صدور الحكم بها.

ب- العقوبات السالبة لبعض الحقوق والمزايا: لأن اثرها (حرمان المحكوم عليه منها) يتحقق بمجرد صدور الحكم بها دون حاجة الى اجراء تنفيذي.

ج- مراقبة الشرطة: لأنها تبدا من يوم محدد وتنتهي بانتهاء مدتها.

د- الاقامة.

فهذه العقوبات وامثالها مما لا يحتاج الى إجراءات قضائية وشكلية، لا تنقضي بالتقادم لعدم توافر عنصري التأثير والتأثر الفلسفيين، ومن الواضح ان الانقضاء من آثارهما.

مدة التقادم:

مدة التقادم لانقضاء العقوبات المتأثرة به تختلف باختلاف جسامة الجريمة وخطورتها، فكلما ازدادت تلك الظاهرة طالت مدة انقضاؤها، لأن التقادم كما ذكرنا يبنى على النسيان، فكلما كانت الجريمة بسيطة كانت اقرب الى النسيان.

وعلى هذا الاساس تختلف مدد التقادم المسقط في الدعاوى الجزائية وعقوبات الجنايات والجنح والمخالفات كالآتي:

أ- مدة تقادم سقوط الاتهام(سقوط الدعوى الجزائية):

١- في مواد الجنايات عشر سنوات من يوم وقوع الجريمة.

٢- في مواد الجنح ثلاث سنوات.

٣- في مواد المخالفات سنة واحدة.

ذلك ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

ب- مدة سقوط التنفيذ (سقوط العقوبة):

١- في عقوبة الاعدام ثلاثون سنة.

٢- في السجن المؤبد او المؤقت عشرون سنة[١].

٣- في عقوبات الجنح خمس سنوات.

٤- في عقوبات المخالفات سنتان[٢].

بدء سريان مدة التقادم:

تبدأ المدة من وقت صيرورة الحكم نهائيا، واساس ذلك ان الحكم يصبح واجب التنفيذ بعد صيرورته نهائياً ما لم يكن غيابياً، وإلاّ فتبدأ المدة من يوم صدورالحكم.[٣]

فالحكم الغيابي الصادر عن محكمة الجنايات لا يُعد حكما نهائياً، لأنه يسقط تلقائيا اذا حضر المحكوم عليه او قُبض عليه.[٤]

وجدير بالذكر ان المشرع العراقي لم يُعر الاهمية للتقادم من حيث التأثير في القضايا الجزائية الا بنسبةٍ ضئيلة،[٥] وعله انه كان متأثرا بالاتجاه الذاهب الى ان اسقاط العقوبة من

---

١ المادة (١٥) من قانون الإجراءات الجنائية المصري القائم.

٢ المصدر السابق (م ٥٢٨). وفي قانون العقوبات السوري القائم (م ١٦٢- ١٦٥): مدة التقادم على عقوبة الاعدام والعقوبات الجنائية المؤبدة خمس وعشرون سنة، وفي المؤقتة ضعف مدة العقوبة على ان لا تتجاوز عشرين سنة ولا تقل عن عشر سنوات، وفي اية عقوبة جنائية أخرى عشر سنوات، وفي الجنح خمس سنوات، وفي المخالفات سنتان. وفي التدابير الاحترازية ثلاث سنوات. وسريان المدة يبدأ من تأريخ الحكم اذا صدر غيابيا ومن يوم تملص المحكوم عليه من التنفيذ اذا كان الحكم وجاهيا.

٣ قانون الإجراءات الجنائية المصري القائم (م ٥٢٨).

٤ المصدرالسابق م ٣٩٥.

٥ كما في جريمة الخيانة الزوجية حيث نصت الفقرة (أ) من المادة (١/٣٧٨) على انه: (ولا تقبل الشكوى في الاحوال الاتية:

الجناة بالتقادم ليس فكرة منطقية، فمن المفروض عدم تطبيق هذه الفكرة الا بالنسبة لمجرمي الصدفة، ومجرمي العاطفة دون المجرمين بالسليقة او بالعادة، حيث ان من الخطورة على المجتمع اسقاط العقوبة من هؤلاء الجناة بالتقادم، مع انهم اعرف الناس كيف يتوارون من الانظار في امن واطمئنان.

حادي عشر: ظرف الغاء نص التجريم:

اذا صدر قانون جديد بعد حكم نهائي او قبله، بحيث يجعل الفعل الذي حُكم على المجرم من اجله غير معاقب عليه، يوقف تنفيذ الحكم وتنتهي آثاره الجزائية.[1]

ومن البدهي ان رجعية النصوص الجزائية لا تمس مبدأ (شرعية الجرائم والعقوبات) لأن سلطة المجتمع في توقيع العقاب على المتهم محدودة بحدود فكرتي الضرورة الاجتماعية والفائدة الاجتماعية، فاذا لم تكن للعقوبة ضرورة او فائدة فلا محل لتوقيعها.

واذا الغى القانون الجديد العقوبة من الجريمة التي وقعت في ظل القانون القديم او خُفف منها، يكون ذلك اعترافا من المشرع بعدم جدواها، فلا مبرر للاصرار على توقيعها.

وبالاضافة الى ذلك فان المفروض في القانون الجديد هو انه اصلح للمتهم من القانون القديم، وان مصلحة المجتمع تتطلب سريانه فور صدوره ولا تأبى مصلحة المتهم ايضا ذلك.

وبناء على الاخذ بهذه الفكرة المنطقية تتحقق مصلحة المجتمع ومصلحة المتهم في الحل الذي يُسمى الاثر الفوري لتنفيذ القوانين.[2]

ومن الواضح ان من شروط صدور القانون الجديد الاصلح للمتهم هو ان يصدر هذا القانون قبل الحكم النهائي على المتهم ولكن لا يراعى هذا الشرط بالنسبة لحالة جعل

أ- اذا قُدمت الشكوى بعد انقضاء ثلاثة اشهر على اليوم الذي لتصل فيه علم الشاكي بالجريمة).

وفي قانون رعاية الاحداث رقم ٧٦لسنة ١٩٨٣المعدل. نصت المادة (٧٠) على ماياتي:

اولا: تنقضي الدعوى الجزائية بمضي عشر سنوات في الجنايات وخمس سنوات في الجنح.

ثانيا: يسقط التدبير اذا لم يُنفذ بمضي خمس عشرة سنة في الجنايات، وبمضي ثلاث سنوات على انتهاء مدة التدبير المحكوم به في الحالات الاخرى.

[1] المادة (٥) من قانون العقوبات المصري القائم.

[2] د.محمود نجيب حسني – المرجع السابق– ص ٦٩.

القانون الجديد الفعل مباحا بعد ان جرمه القانون القديم للاسباب التي ذكرناها آنفا.

ثاني عشر: ظرف رد الاعتبار:[1]

رد الاعتبار هو محو الحكم بالادانة بالنسبة للمستقبل وانقضاء جميع الاثار الجزائية القانونية المترتبة عليه بحيث يصبح المحكوم عليه اعتبارا من تاريخ حصوله على رد الاعتبار في وضع شخص لم يُحكم عليه بالادانة أصلا.

فلسفة الاعتداد برد الاعتبار للمحكوم عليه:

ان ابقاء المحكوم عليه بعد انقضاء مدة محكوميته محروما من ممارسة حقوقه المدنية والسياسية التي يمنعها عنه الحكم الجزائي منعا مؤبدا ليست من المصلحة الاجتماعية ولا من المصلحة الشخصية في شيء، ولذلك بادرت التشريعات الجزائية الى اقرار نظام رد الاعتبار باسقاط تلك التبعات الجزائية اذا استوفى شروطه القانونية والقضائية.

بالاضافة الى ان رد الاعتبار نظام يستهدف المشرع به تمكين المحكوم عليه من استرداد مكانته السابقة في المجتمع حتى يستطيع التمتع بكل الحقوق والمزايا التي كانت له قبل ارتكاب جريمته ويتمكن من ان يباشر جميع اوجه النشاطات التي يُسمح بمباشرتها لكل شخص لم تسبق ادانته.

ثم ان العدالة تقضي اعطاء المحكوم عليه فرصة اخرى لاصلاح نفسه واداء رسالته كعضو في مجتمعه.

---

[1] ينظر في هذا الموضوع قانون الإجراءات الجنائية المصري المرقم ١٥٠ لسنة ١٩٥٠ المعدل المواد (٥٣٦ – ٥٥٣).

قانون العقوبات الجنائية السورية القائم المواد (١٥٨ – ١٦٠).

قانون العقوبات المغربي القائم الفصل (١٠٢).

د.محمود نجيب حسني – المرجع السابق – ص ٧٦٢ ومايليها.

د.محمود محمود مصطفى – المرجع السابق – ص ٦٩٩ ومايليها.

د.رؤوف عبيد – المرجع السابق – ص ٨٨٧ ومايليها.

الاستاذ محسن ناجي – المرجع السابق ص ٥٧٣ ومايليها.

الصلة بين رد الاعتبار والعفو الشامل:

وهما يتفقان في انه يترتب عليهما زوال الآثار الجزائية الناتجة عن ارتكاب العمل الجرمي ولكنهما يختلفان فيما يلي:

١- العفو الشامل دائما يكون بالقانون، بينما رد الاعتبار قد يكون مصدره القانون وقد يكون حكما قضائيا.

٢- العفو يكون غالبا تدبيا سياسيا يُتخذ لغرض عام كقصد تسكين الخواطر واسبال ذيول النسيان على بعض الحوادث، بينما رد الاعتبار مكافئة شخصية على حسن سلوك المحكوم عليه.

ويترتب على هذا الفرق إيقاف تنفيذ العقوبة ومحو الحكم في الماضي والمستقبل في العفو الشامل، اما رد الاعتبار فيستلزم سبق تنفيذ العقوبة كاملا ولا يمحو الحكم في الماضي والمستقبل وانما يرفع آثاره.

٣- العفو الشامل اجراء استثنائي قد يتحقق من وقت الى اخر في حين ان رد الاعتبار اجراء عادي مستمر.

٤- العفو الشامل قد يصدر قبل المحاكمة او قبل صدور الحكم او قبل تنفيذ الكامل للعقوبة، بخلاف رد الاعتبار فانه لا يكون الا بعد تنفيذ العقوبة تنفيذا كاملا او بعد سقوطه بمضي مدة التقادم.

٥- العفو الشامل منحة من السلطة التشريعية تتوقف على رغبة المشرع، اما رد الاعتبار فانه يُعد حقا مكتسبا للمحكوم عليه مادام مستوفيا شروطه.

٦- للعفو الشامل اثر رجعي في حين ان رد الاعتبار يقتصر اثره على المستقبل دون الماضي.

انواع رد الاعتبار:

ينقسم رد الاعتبار من حيث المصدر الى نوعين: قانوني وقضائي.

اولا: رد الاعتبار القضائي :

الذي يكون بحكم المحكمة الجنائية وهو يتطلب توافر الشروط الاتية: -

١- تنفيذ العقوبة المحكوم بها او العفو عنها او انقضاؤها بالتقادم.

٢- مضى مدة معينة من تاريخ تنفيذ العقوبة او العفو عنها او انقضازها بالتقادم.

وهذه المدة ست سنوات اذاكانت العقوبة جنائية وثلاث سنوات اذا كانت عقوبة جنحية. وتضاعف هذه المدة في حالتي الحكم للعود وسقوط العقوبة بالتقادم.[1]

واذا كان المحكوم عليه قد وضع تحت مراقبة الشرطة بعد انقضاء العقوبة الاصلية تبدا المدة من آخر يوم انتهاء مدة المراقبة.

وفي الافراج الشرطي تبدأ المدة من التاريخ المقرر لانقضاء العقوبة او من التاريخ الذي يصبح فيه الافراج نهائيا.

٣- وفاء المحكوم عليه بالتزاماته المالية الناشئة عن جريمته من غرامة او رد محل الجريمة أو تعويض او مصاريف. وللمحكمة ان تغض النظر عن هذا الشرط اذا أثبت المحكوم عليه انه ليس بحال يستطيع معها الوفاء بالتزامه. ويقوم مقام الوفاء سقوط تلك الالتزامات بالتقادم.

٤- حسن سلوك المحكوم عليه بان يكون سلوك طالب رد الاعتبار منذ صدور الحكم عليه يدعو الى الثقة بتقويم نفسه.

وجدير بالذكر ان طالب رد الاعتبار اذا صدرت عليه عدة أحكام متوالية فلا يحكم برد اعتباره الا اذا تحققت الشروط المذكورة بالنسبة الى كل حكم منها. على ان يراعى في حساب المدد اسنادها الى احدث احكام. وفي رد الاعتبار القضائي لا يتطلب القانون ان تكون الجريمة من نوع معين وطلب رد الاعتبار جائز لكل محكوم عليه جناية او جنحة ايا كان نوعها او مقدار جسامتها.

ثانيا: رد الاعتبار القانوني:

وهو الذي يحصل بقوة القانون من غير حاجة الى تقديم طلب من المحكوم عليه او صدور حكم قضائي به اذا توافرت الشروط الاتية:

١- ان يتم تنفيذ العقوبة المحكوم بها او ان يُعفى عنها، او تنقضي بالتقادم.

٢- ان تمضي على تنفيذ العقوبة تنفيذا كاملا اثنتا عشر سنة اذا كان الحكم صادراً بعقوبة جنائية او عقوبة جنحة في جريمة سرقة او اخفاء اشياء مسروقة، او نصب او خيانة الأمانة، او تزوير، او شروع في هذه الجرائم.

---

[1] قانون الإجراءات الجنائية المصري القائم (م ٥٣٧).

٣- بالنسبة الى المحكوم عليه بعقوبة جنحة في غير الجرائم المذكورة يشترط ان تمضي على تنفيذ العقوبة او العفو عنها ست سنوات، ما لم يكن المحكوم عليه عائدا ولم تكن العقوبة ساقطة بالتقادم، والا فيُشترط مضي اثنتي عشرة سنة ايضاً، واذا كان المحكوم عليه قد صدرت ضده عدة أحكام، فلا يُرد اعتباره اليه بحكم القانون ما لم تتحقق بالنسبة لكل واحدة منها الشروط المنصوص عليها في القانون. على ان يراعى في حساب المدد اسنادها الى أحدث أحكام.

آثار رد الاعتبار:

اذا توافرت شروط المؤثر والمتأثر الفلسفيين يترتب عليهما نوعان من الاثار: -

١- بالنسبة للعقوبة يترتب محو الحكم القاضي بالادانة بالنسبة الى المستقبل.

٢- زوال كل ما يترتب عليه من انعدام الاهلية والحرمان من الحقوق وسائر الاثار الجزائية.

غير انه لا يجوز الاحتجاج برد الاعتبار على الغير فيما يتعلق بالحقوق التي تترتب لهم من الحكم بالادانة وبوجه خاص فيما يتعلق برد محل الجريمة وتعويضات الاضرار المترتبة على ارتكابها.

وبالاضافة الى ذلك لا يترتب على رد الاعتبار محو الجريمة في ذاتها، لأن ما حدث بالفعل قد أصبح من الواقع والواقع لا يُمحى، فاذا أمكن ان تزول آثار الفعل الجرمي الذي ارتكبه الجاني فعلا او قانونا، فإن معانيه ودلالاته قد تبقى.

قابلية الحكم برد الاعتبار للالغاء:

لجواز الغاء الحكم برد الاعتبار سببان: -

احدهما: ثبوت ان المحكوم عليه قد صدرت ضده أحكام أخرى غير الحكم الذي رد اعتباره بالنسبة اليه دون ان تكون المحكمة التي قضت برد الاعتبار قد علمت به وقت اصدار الحكم برد الاعتبار.

والثاني: هو صدور حكم بعد رد الاعتبار من اجل جريمة ارتكبها المحكوم عليه قبل ان يُرد اليه اعتباره.

واخيرا لا يُجيز القانون الحكم برد الاعتبارللمحكوم عليه اكثر من مرة واحدة، فاذا تم رد اعتبار المحكوم عليه بعد ذلك ثم صدر ُعليه حكم آخر، فلا يجوز ان يُرد اليه اعتباره بالنسبة لهذا الحكم الاخير.

ومن الواضح ان جميع الظروف التي أوردناها في هذا المبحث، بل في الفصل كله، ظروف مؤثرة، لذا يُسمى كل واحد منها من الناحية الفلسفية فعلاً، كما يُسمى التأثر به انفعالاً، والأثر المترتب على تلاقي الفعل والإنفعال يُسمى نتيجة وفلسفة، سواء كانت تشديداً أو تخفيفاً أو اعفاءاً.

وقد تمّت دراسة فلسفة المسؤولية الجزائية في ضوء المقولات الأرسطية (الفعل والإنفعال الفلسفيين) ونتناول بإذن الله دراسة فلسفة المسؤولية المدنية في ضوء المقولات الأرسطية (الفعل والإنفعال الفلسفيين)، راجيا المولى القدير أن يُعينني على إكمال البقية الباقية من دراسة فلسفة المسؤولية القانونية، إنه على كل شيء قدير.

الباب الثالث

فلسفة المسؤولية المدنية في ضوء الفعل والإنفعال الفلسفيين

ونركز في دراسة المسؤولية المدنية في هذا الباب على ثلاث نقاط رئيسة:

الأولى/ تكييف المسؤولية المدنية.

الثانية/ تأثير فعل الإخلال بالإلتزام وتأثر الإرادة.

الثالثة/ تأثير فعل الإخلال بالإلتزام وتأثر الباعث الدافع الى التصرف القانوني.

يُخصص لدراسة كل نقطة منها من الناحية الشكلية والموضوعية فصل مستقل.

الفصل الأول
تكييف المسؤولية المدنية

لتأثير الفعل وتأثر الانفعال الفلسفيين دور بارز في قيام المسؤولية المدنيـة. وتـأثير الفعـل غالبا يكون من شخص طبيعي، كما قد يكون من الشخص المعنوي او حادثة طبيعية.

فاذا كان الاخلال بالتزام عقدي تكون المسؤولية عقدية والالتزام خاص يكون تجاه فـرد او فئة.

واذا كان الاخلال بالتزام قانوني تكون للمسؤولية تقصـيرية ويكـون الالتـزام عامـا تجـاه الناس جميعا.

والاخلال بالالتزام العقدي يختلف باختلاف الالتزامات التي تترتب على العقـود، بخلاف الاخلال بالالتزام القانوني، فإنه واحد وهو التعهد شرعا او قانونا بعدم الحاق الضـرر بـالغير بدون مبرر شرعي او قانوني.

وبناء على ذلك لا يتغير بتغير موضوع الالتزام او الملتزم له.

وما ذكرنا في هذه المقدمة ليس محل الخلاف لفقهاء القانون، وانمـا الاخـتلاف في تكييـف للمسؤولية المدنيـة، هل هي واحدة سـواء سميت عقدية او تقصيرية، او انهـا تنقسـم الى قسـمين متباينين في العناصر والاحكام، وهما المسؤولية العقدية والتقصيرية. ويتجلى هذا الإخـتلاف في نظريتين: النظرية التقليدية (أو نظرية ازدواج المسؤولية المدنيـة)، والنظرية الحديثة (نظرية وحدة للمسؤولية).

فذهب أنصار النظرية التقليدية الى تكييف المسؤولية المدنية بالازدواجيـة وانفصـال كـل من القسمين المذكورين لها عن الاخر من حيث العناصر والاثار.

وذهب الاخرون الى تكييفها بمسؤولية مدنية واحدة سـواء كان الاخلال بالتزام تعاقـدي او بالتزام قانوني.

وحاول بعض فقهاء القانون التوفيق بين الاتجاهين المتعاكسـين المـذكورين والاخـذ بوسـط معتدل تجتمع فيه احكام وعناصر المسؤوليتين.

وبناء على هذا التفصيل وزعنا دراسة المسؤولية المدنية علـى اسـاس الفعـل والانفعـال على ثلاثة مباحث: خُصص الاول لادلة انصار ازدواجيـة المسـؤولية المدنيـة، والثـاني لحجـج الذاهبين الى وحدتها، وتناول الثالث اتجاه التوفيق وتقويمنا للخلاف.

المبحث الأول

اهم ادلة انصار الازدواجية

استدل أنصار الازدواجية على اختلاف المسؤوليتين (العقدية والتقصيرية) وكون كل واحدة منهما قسيمة للاخرى في المسؤولية المدنية، بوجود فروق جوهرية بينهما اهمها ما يأتي[1]: -

اولا: من حيث الاساس:

فالمسؤولية العقدية تقوم على اساس الاخلال بالتزام عقدي خاص ينفرد به فرد او فئة معينة، بينما تقوم المسؤولية التقصيرية على اساس الاخلال بالتزام قانوني تجاه جميع الناس فيلتزم كل انسان بأن يمتنع عن الحاق الضرر بالغير بدون سبب.

ثانيا: من حيث الطبيعة:

فالالتزام التعاقدي يختلف باختلاف الالتزامات المترتبة على العقد وهي تختلف باختلاف العقود، في حين ان الالتزام القانوني ثابت لا يتغير، لأنه عبارة عن تعهد يُفرضه القانون على كل انسان بأن لا يُلحق الضرر بالغير ايا كان هذا الغير بدون مبرر شرعي او قانوني.

ثالثا: من حيث الاهلية:

ففي المسؤولية العقدية تشترط في معظم الحالات الاهلية الكاملة لتوقف صحة العقد عليها الذي هو سبب الالتزام او مصدره.

---

[1] ينظر في هذا الموضوع الاستاذ الدكتور السنهوري: الوسيط١/٨٤٨وما يليها.

والأستاذ الدكتور سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني/٢ في الإلتزامات، المجلد الثاني، في الفعل الضار والمسؤولية المدنية. ص١٧ وما يليها.

والأستاذ الدكتور حسن الذنون: المبسوط في المسؤولية المدنية – الضرر– ص ٦١ ومايليها.

الدكتورعبدالحي حجازي: موجز النظرية العامة للالتزام – المصادر غير الإرادية – بند (٥) وما يليها.

بخلاف اهلية المسؤولية التقصيرية فتكفي فيها اهلية الاداء الناقصة (التمييز) في الفقه الغربي والقوانين المتأثرة به[1] اما في الفقه الاسلامي والقوانين المتاثرة به،[2] فلا تشترط اهلية الاداء مطلقا سواء كانت كاملة او ناقصة، فعديم الاهلية كالمجنون والصبي غير المميز ومن في حكمهما، اذا اتلف مال الغير يُعد مسؤولا مسؤولية تقصيرية ويجب التعويض في ماله ان وجد، والا جاز للمحكمة ان تُلزم الولي او القيم او الوصي بمبلغ التعويض، على ان يكون لهذا الرجوع بما دفعه على من وقع منه الضرر.[3]

رابعا: من حيث الاثبات:

في المسؤولية العقدية يقع على المدين عبء اثبات قيامه بالتزاماته العقدية بعد اثبات الدائن وجود العقد المتوفر فيه الشروط القانونية.

اما في المسؤولية التقصيرية فعلى الدائن ان يثبت ان المدين قد خرق التزامه القانوني عن طريق ارتكاب عمل غير مشروع ضار.

وهذا الفرق مبني على قاعدة اساسية وهي (البيّنة على من ادعى[4] واليمين على من انكر).[5]

خامساً: من حيث الأعذار:

ففي المسؤولية المدنية يجب ان تكون دعوى المطالبة بالحق مسبوقة بإعذار المدين لتنفيذ التزامه لمن يستحق التعويض ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

بخلاف المسؤولية التقصيرية فيها يحق للمضرور ان يطالب بالتعويض دون سابق انذار.

والسر في هذا الفرق هو انه لا يُتصور الاعذار الا بين شخصين تربطهما من قبل علاقة خاصة (رابطة تعاقدية) لانه لا يمكن اعذار افراد المجتمع كافة.

---

[1] كالمدني المصري والسوري واللبناني والكويتي.

[2] منها المدني العراقي القائم، والمدني الاردني القائم، والمدني اليمني القائم.

[3] المادة (١٩١) من القانون المدني العراقي القائم

[4] لانه يدعي خلاف ألاصل وهو براءة الذمة.

[5] لانه مع ألاصل فالانسان يولد وذمته بريئة من كل التزام جنائي ومدني، فعلى القاضي أن يعتبره أنه مازال بريئا استصحابا حتى يثبت خلاف ذلك.

سادسا: من حيث مدى المسؤولية:

ففي المسؤولية العقدية لا يستحق المضرور التعويض الا عن الضرر المباشر المتوقع الوقوع عادة وقت التعاقد، هذا اذا كان اخلاله بالتزامه نتيجة خطأ يسير.

اما اذا كان نتيجة غش او خطأ جسيم، فإنه يلتزم بالتعويض عن الضرر المباشر المادي سواء كان متوقعا او غير متوقع.[١]

سابعا: من حيث تضامن للدينين:

فلا يقع هذا التضامن بينهم ولا يُفترض قانونا في الوفاء بالتزام عقدي ما لم يكن هناك اتفاق مسبق على ذلك.[٢]

في حين ان التضامن في المسؤولية التقصيرية ثابت بحكم القانون، فاذا اشترك اكثر من واحد في ارتكاب فعل غير مشروع يضر بالغير دون مبرر، فإن التعويض واجب على كل واحد منهم، فيحق للمضرور ان يطالب ايّاً منهم بالتعويض الكامل، فاذا دفعه واحد منهم يرجع على غيره ممن ساهم في احداث الضرر لاسترداد ما دفعه من غير حصته.

ثامنا: من حيث الإعفاء الاتفاقي من المسؤولية:

يجوز هذا الاعفاء بوجه عام في المسؤولية العقدية ما لم تكن ناشئة عن غش المدين او خطئه الجسيم، بخلاف ذلك في المسؤولية التقصيرية فلا يجوز هذا الاتفاق لكونه مخالفا

---

[١] نصت المادة (١٦٩) من المدني العراقي على الاتي: -

١- اذا لم يكن التعويض مقررا في العقد أو بنص في القانون فالمحكمة هي التي تقدر.

٢- ويكون التعويض عن كل التزام ينشأ عن العقد (أي عن الاخلال به) سواء كان التزاما بنقل ملكية أو منفعة أو أي حق عيني آخر أو التزاما بعمل أو بامتناع عن عمل، ويشمل ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب بسبب ضياع الحق عليه أو بسبب التأخر في استيفائه، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم وفاء المدين بالالتزام أو لتأخره عن الوفاء به.

[٢] فاذا كان المدين لم يرتكب غشا أوخطأ جسيما فلا يجاوز ما يكون متوقعا عادة وقت التعاقد من خسارة تحل أو كسب يفوت.

للنظام العام.[١]

تاسعا: من حيث مدة التقادم المسقط للدعوى:

تسقط دعوى المسؤولية التقصيرية بمضي ثلاث سنوات من تاريخ علم المتضرر بوقوع الفعل الضار وبشخص من اوقعه.

وتسقط في جميع الاحوال بمضي خمس عشرة سنة اعتبارا من يوم وقوع العمل غير المشروع.

بخلاف ذلك في المسؤولية العقدية فان التعويض فيها لايسقط الحق في المطالبة به الا بمضي خمس عشرة سنة.[٢]

عاشرا: من حيث الاختصاص:

بناءً على قاعدة (الدين مطلوب لا محمول) اى على الدائن ان يسعى الى المدين للمطالبة بحقه، تكون المحكمة المختصة بالنظر في الدعوى هي محكمة موطن المدعى عليه في المسؤولية العقدية، اما في دعوى المسؤولية التقصيرية فان المحكمة المختصة بالنظر فيها هي المحكمة التي وقع الفعل الضار في دائرة اختصاصها.

---

[١] المادة (٣٣٠) المدني: (التضامن ما بين المدينين لايفترض وانما يكون بناء على اتفاق أونص في القانون).

[٢] المادة (٣٣٢) من المدني: (لا تسمع دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع أيا كان بعد انقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيها المتضرر بحدوث الضرر وبالشخص الذي أحدثه ولا تسمع الدعوى في جميع الاحوال بعد انقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع).

نصت المادة (٢٥٩) من المدني على الاتي: -

١- يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث الفجائي والقوة القاهرة.

٢- وكذلك يجوز الاتفاق على اعفاء المدين من كل مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي الا التي تنشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم.

ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسؤوليته من الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه.

٣- ويقع باطلا كل شرط يقضي بالاعفاء من المسؤولية المترتبة على العمل غير المشروع، أي في المسؤولية التقصيرية.

حادي عشر: من حيث القانون الواجب التطبيق:

اذا نشأ نزاع بسبب التزام تعاقدي وفيه عنصر أجنبي، فالقانون الواجب التطبيق هو قانون الدولة التي ابرم العقد فيها، اذا لم يكن لهما موطن مشترك[١] هذا اذا كان محل العقد مالا منقولا، لكن في العقار يطبق قانون موقع العقار.

اما في المسؤولية التقصيرية فيُطبق قانون الدولة التي وقعت فيها الواقعة المنشئة للالتزام، اذا لم تكن هذه الواقعة مشروعة وفق القانون العراقي.[٢]

المبحث الثاني
ادلة انصار وحدة المسؤولية

ان أهم أدلة هذا الاتجاه من أنصاره وفي مقدمتهم الفقيهان الفرنسيان (بلانيول وجوسران) عبارة عن رد ومناقشة حجج انصار الازدواجية (المسؤولية العقدية والتقصيرية) كما في الايضاح الآتي: -

اولا: من حيث الطبيعة: لا فرق بين المسؤوليتين، لأن كل واحدة منهما قائمة على أساس الاخلال بالالتزام، بغض النظر عن سبب هذا الالتزام او مصدره.

ثانيا: من حيث الجزاء: جزاء الاخلال بالالتزام في المسؤوليتين هو التعويض عن ضرر ناشيء من هذا الاخلال، ولا محل للتفرقة بينهما لمجرد الاختلاف في التسمية، لأن العبرة بالجوهر والمغزى والمآل.

ثالثا: الاحتجاج بالفرق في الاهلية ليس صحيحا، لأن هذه الاهلية لا تشترط لقيام المسؤولية ذاتها، وانما هي لصحة العقد، ويؤيد هذه الحقيقة ان من تعاقد مع الغير وهو بالغ عاقل ثم فقد اهليته وترتب عليه ضرر بالنسبة للدائن، يجب التعويض لجبر هذا الضرر رغم فقدان أهلية المدين، فالاهلية شرط لتحقق العقد لا لقيام المسؤولية.

---

[١] المادة(٢٥) المدني العراقي.

[٢] المادة (٢٧) منه.

رابعا: الاحتجاج على ازدواجية المسؤوليتين بالاختلاف في الطرف المسؤول عن الاثبات يُنقض بأنَّ قيام كل واحدة من المسؤوليتين لا يتوقف على تحديد الطرف الذي يتحمل عبء الاثبات. فالمسؤولية قائمة في الواقع وثابتة في نفس الامر، والاثبات منوط بالحكم القضائي، فيجب التفريق بين ثبوت الشيء في الواقع وبين اثباته امام القضاء.

خامسا: الاستدلال على ازدواجية المسؤولية المدنية وتقسيمها الى العقدية والتقصيرية بضرورة اعذار المدين مقدما على استحقاق التعويض في المسؤولية العقدية دون المسؤولية التقصيرية، يُعارض بان وجود الاعذار ليس ضروريا في الالتزامات السلبية اذا أخلّ بها المدين في كلتا المسؤوليتين. ومن الواضح ان الالتزام في المسؤولية التقصيرية سلبي دائما وهو التعهد المفترض قانونا بالامتناع عن الحاق الضرر بالغير، كما يكون الالتزامات التعاقدية سلبيا وهو الامتناع عن التأخير في التسليم وعن عدم التعرض من البائع مثلا للمبيع بعد التسليم.

والاعذار مطلوب اذا كان موضوع الالتزام اعطاء شيء او القيام بعمل او نحو ذلك. فالاعذار ليس ضروريا لقيام المسؤولية سواء اكانت عقدية ام تقصيرية، فالاختلاف في ضرورة الاعذار وعدمها منوط بالاختلاف في ايجابية الالتزام وسلبيته، لا بقيام المسؤولية، بالاضافة الى ذلك فان القانون نصّ على عدم ضرورة الاعذار في بعض الحالات كما في الآتي:

أ- اذا اصبح تنفيذ الالتزام تنفيذا عينيا ممكنا بفعل المدين، وعلى الاخص اذا كان محل الالتزام نقل حق عيني او القيام بعمل وكان لابد ان يتم التنفيذ في وقت معين، انقضى هذا الوقت دون ان يتم التنفيذ او كان الالتزام امتناعا عن عمل وأخلّ به المدين.

ب- اذا كان محل الالتزام تعويضا ترتب على عمل غير مشروع.

ج- اذا كان محل الالتزام رد شيء يعلم المدين انه مسروق او شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك.

د- اذا صرّح المدين كتابةً بأنه لا يريد القيام بالتزامه.[1]

---

[1] المادة (٢٥٨) المدني العراقي النافذ.

سادسا: الاحتجاج بالاختلاف في مدى المسؤولية عن التعويض على الاختلاف بين المسؤوليتين يُعارض بأن السبب في عدم شمول التعويض في المسؤولية العقدية للضرر غير المتوقع عادة وقت التعاقد هو ان هذا الضرر لم يدخل في حساب المتعاقدين وقت التعاقد، لأن العاقدين لم يكونا يتوقعانه حين انشاء العقد، فالعقد يُتم انشاؤه على اساس ان كلاً منهما يفي بالتزامه بعد التعاقد تجاه الاخر.

سابعا: الاستدلال بوجود التضامن بين المدينين في المسؤولية التقصيرية وعدمه في المسؤولية العقدية لاثبات الاختلاف بين المسؤوليتين، يُرد بأن اساس التضامن بين المدينين في المسؤولية التقصيرية هو السبب في حدوث الضرر، فما دام السبب مشتركا بين مرتكبي الضرر على سبيل التضامن، يكون التعويض كذلك مشتركا بينهم على نفس النمط.

ثامنا: الاحتجاج على الازدواجية بجواز الاعفاء الاتفاقي في المسؤولية العقدية وعدم جوازه في المسؤولية التقصيرية، يُرد بأن مرد الجواز وعدمه هو القانون دون طبيعة المسؤولية، فالقانون هو الذي يُقرر احكامها التي هي من النظام العام فلا يجوز الاتفاق على مخالفته.

تاسعا: الاختلاف في مدة التقادم المسقط للمسؤوليتين هو الاخر لا يكون دليلا على ازدواجيتهما، لأن هذا الفرق في المدة لا يرجع الى الاختلاف في طبيعة المسؤولية، بل المشرع هو الذي يقرر ذلك لاعتبارت معتبرة في نظره، فليس للوحدة والازدواجية أي دخل في ذلك.[1]

---

[1] ينظر المراجع السابقة المعتمدة بالنسبة لادلة أنصار الازدواجية.

المبحث الثالث
التوفيق بين الاتجاهين
وموقفنا من الموضوع

هنالك اتجاه ثالث[1] ذهب الى التوفيق بين الاتجاهين المتناقضين المذكورين في المبحثين الاول والثاني على أساس انه اتجاه وسط معتدل. واستند انصاره الى انه رغم وجود فروق جوهرية بين قسمي المسؤولية المدنية، فان كلتيهما جزاء عمل غير مشروع وهو الاخلال بواجب قانوني في القسمين، لأن مصدر الالتزام في المسؤولية العقدية والتقصيرية هو القانون، حتى عند القائلين بان المصدر في العقدية هو العقد لا ينكر كون القانون مصدرا اساسيا ولو بصورة غير مباشرة، ولا اثر لكون الالتزام عاما في التقصيرية وخاصاً في العقدية. وكذلك لا فرق في اصل تكوين المسؤوليتين للاختلاف من حيث الاثبات او من حيث الاهلية او الاعذار او غيرها من الظروف التي استدل بها انصار الازدواجية.

ورغم ذلك كله فان المسؤوليتين مختلفتان حيث يرون ان الالتزام التعاقدي رابطة بين شخصين حيث عرّفوه بها، بينما الالتزام التقصيري التزام قائم على وقوع الفعل الضار اى على عمل غير مشروع بالاضافة الى الضرر وعلاقة السببية بينهما.

فهو واجب قانوني وليس رابطة، لذا يجب التعويض عن كل ضرر سواء كان متوقعا ام لا، مادام الضرر مباشرا.

وانتقد هذا الاتجاه الثالث من اوجه منها ان المسؤولية المدنية سواء كانت عقدية او تقصيرية ليست جزاءً بالمعنى الدقيق، لان الجزاء في كلتا المسؤوليتين هو التعويض، ولو كان الجزاء مسؤولية لما كان هنالك فرق بين المسؤولية الجزائية والمدنية.

موقفنا من الموضوع:

اولا: الالتزام في المسؤولية العقدية ليس رابطة بين شخصين للاسباب الاتية: -

أ- الالتزام من فصيلة المطاوعة والانفعال، بينما الرابطة بين الدائن والمدين من فصيلة

---

[1] من أنصار هذا التوفيق الاستاذ السنهوري: الوسيط – المرجع السابق ٦١٢/١ومايليها الاستاذ الدكتور حسن ذنون – المبسوط – المرجع السابق ص ٧١ومايليها.

الاضافة، اي حالة قانونية بين الدائن والمدين تصورها بالنسبة لاحدهما يتوقف على تصور الاخر، والفصيلتان متباينتان لا يجوز تعريف احداهما بالاخرى، لأن المفروض ان كلا من المعرِّف والمعرَّف يجب ان يكونا متساويين، اي متحدين بالذات ومتغايرين بالاعتبار، كتعريف الجريمة بانها محظور معاقب عليه.

ب- الالتزام صفة خاصة بالمدين والرابطة القانونية صفة مشتركة بين الدائن والمدين، فلا يجوز تعريف الصفة الخاصة بالصفة المشتركة، لعدم اتحادهما لا من حيث الذات ولا من حيث الاعتبار.

ثانيا: اتجاه كل طرف من الاتجاهين الرئيسين المتعارضين صادق ومطابق للواقع من وجه وغير صحيح ومخالف للواقع من وجه آخر، كما في الايضاح الآتي: -

أ- اذا كان المراد بالتقسيم الى المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية هو التقسيم الاعتباري، فانصار القول بهذا التقسيم وبازدواجية المسؤولية المدنية هم على الصواب، لأن كل واحدة من المسؤوليتين تختلف عن الاخرى من حيث الماهية والمفهوم في ذهن الانسان، وبحسب التحقق في المسائل والقضايا المدنية قد تجتمعان في بعض الحالات وفي بعض الصفات، وهذا هو معنى التقسيم الاعتباري، فقد يكون فعل واحد اخلالا بالتزام عقدي واخلالا بالتزام قانوني في وقت واحد وفي مسألة واحدة.

ومن تطبيقات ذلك خطأ المستاجر الذي يتلف به العين المؤجرة، وخطأ صاحب وسيلة النقل الذي يُحدث بالراكب اصابة، فانه تتحقق في مثل هذه التطبيقات شروط المسؤوليتين العقدية والتقصيرية معا، ولا يتعارض توافر شروط احدى المسؤوليتين في الفعل الضار مع توافر شروط الاخرى فيه ايضا، فيجوز للدائن في مثل هذه الحالة الحصول على التعويضين.[1]

ب- واذا أريد بالتقسيم التقسيم الحقيقي، وهو الذي يكون كل قسم مباينا للاخر في الذهن بحسب المفهوم والماهية، وفي خارج الذهن بحسب التحقق، فأنصار انكار هذا التقسيم هم على الصواب، لأن المسؤوليتين العقدية والتقصيرية ليستا متباينتين من حيث التحقق، رغم تباينهما من حيث المفهوم والماهية في الذهن، بل كثيرا ما تجتمعان في حادثة واحدة خاضعة للتنظيم القانوني كما ذكرنا.

---

[1] الاستاذ الدكتور سليمان مرقس – اصول الالتزامات ص ٣٢٨.

ومن تطبيقات التقسيم الحقيقي تقسيم العدد الى الفرد والزوج، وتقسيم زوايا المثلث الى الزاوية الحادة والزاوية القائمة والزاوية المنفرجة، وتقسيم العقد في المسائل المدنية الى العقد الباطل والعقد الصحيح، وتقسيم العقد الصحيح الى الموقوف والنافذ غير اللازم والنافذ اللازم.

وقد أخذ بهذا التقسيم الرباعي المشرع العراقي في القانون المدني النافذ في المواد (١٣٣- ١٤١) متأثرا باتجاه جمهور فقهاء الشريعة الاسلامية. في حين انه اخذ بالتقسيم الخماسي للعقد الى الباطل والفاسد والصحيح المنقسم الى الموقوف والنافذ غير اللازم والنافذ اللازم في قانون الاحوال الشخصية العراقي القائم، كما يشهد بذلك المادتان (٦و٢٢) منه متأثرا بمذهب أبي حنيفة(رح).

وجدير بالذكر ان التقسيم في اكثر المصطلحات القانونية في جميع القوانين تقسيم اعتباري، لأن الاقسام متباينة في الذهن من حيث المفهوم والماهية، وغير متباينة من حيث التحقق خارج الذهن، كتقسيم القانون الى العام والخاص وتقسيم الحق الى العيني والشخصي وتقسيم المسؤولية إلى الجنائية والمدنية وغير ذلك من اكثر التقسيمات القانونية.

والحاصل ان النسبة المنطقية بين الأقسام في كل تقسيم إعتباري عموم وخصوص من وجه، فيفترقان في بعض التطبيقات ويجتمعان في بعض آخر، وعلى سبيل المثل: تجتمع المسؤولية الجنائية والمدنية في جرائم الأموال، فمن سرق سيارة فتلفت في يد السارق، تكون مسؤوليته جنائيةً من حيث العقوبة ومدنية من حيث التعويض. وكذلك إتلاف المستأجر لشيء من المال المؤجر، فمسؤوليته تكون تقصيرية بالنسبة للإتلاف وعقدية بالنسبة لإلتزامه بالمحافظة على كل جزء من أجزاء العين المؤجرة.

أما النسبة المنطقية بين أقسام التقسيم الحقيقي فهي متباينة في جميع الحالات، فالعدد الفردي متباين مع العدد الزوجي، وكل زاوية من زوايا المثلث متباينة لزوايا الأخرى مطلقاً وفي جميع التطبيقات.

الفصل الثاني
تأثير الاخلال بالالتزام وتأثر الارادة وأثرهما
في ضوء
الفعل والإنفعال الفلسفيين

إرادة المتعاقدين حين الاقدام على ابرام العقد قد تتأثر بعيوب سميت عند علماء القانون عيوب الارادة (أو الرضا) حسب الإختلاف في التعبير وأشهرها: -

(الاكراه، والتغرير، والاستغلال، والغلط).

ولكن تسمية هذه الافعال عيوب الارادة باستثناء عيب الغلط خطأ شائع، لأنها اسباب لعيوب الارادة وليست العيوب نفسها.

فالإكراه فعل قائم بالمكرِه (بكسر الراء) وصفة له، بينما العيب صفة ارادة المكرَه (بفتح الراء) وقائم بها، وكلتا الصفتين متباينتان لتباين موصوفهما، وكذلك الأمر بالنسبة للتغرير والإستغلال، كما يجيء بيان ذلك في محله بإذن الله.

ثم ان كل واحد منهما عرض مستقل قائم بجوهر مستقل ومستقر في حيز يختلف عن الحيز الذي يستقر فيه الاخر، والقاعدة الفلسفية تقضي (بأنه من المستحيل ان يقوم عرض واحد بمحلين في وقت واحد).

وعيوب الارادة (او الرضا) المعروفة في المراجع القانونية والمتداولة بين فقهاء القانون اربعة كما ذكرنا، لذا توزع دراستها على اربعة مباحث، يُخصص كل واحد منها لبحث عيب من العيوب المذكورة.

المبحث الأول
تأثير ظرف عيب الإكراه
وتأثر الإرادة وأثرهما[1]

الإكراه: عمل غير مشروع واخلال بالتزام قانوني عام وهو تعهد كل انسان – حسب الافتراض القانوني – بأن لا يُلحق ضررا ماديا او ادبيا بالغير بدون مبرر شرعي او قانوني.

ويعرف الإكراه الذي هو اخلال بالالتزام في التصرفات القانونية والوقائع القانونية بأنه ضغط غير مشروع تتأثر به ارادة احد العاقدين فيندفع الى التعاقد.[2]

وينقسم الإكراه الى نوعين:

احدهما: ملجئ، ويسمى عند علماء القانون الإكراه المادي، وهو الذي تستخدم فيه الوسيلة فعلا بحيث يُفسد الرضا ويجعل الارادة مشلولة لا حول لها ولا قوة، كمن يمسك بيد شخص فيُجبره بالقوة على توقيع سند مزور.

والثاني: اكراه غير ملجئ، ويُسميه علماء القانون الإكراه المعنوي وهو ان يُهدد شخصٌ شخصاً آخر او من هو عزيز عليه، بخطر حال اذا لم يقم بعمل او يمتنع عن عمل.

والرضا والاختيار عنصران معنويان للتصرفات القانونية – كما ان تعبيري الايجاب والقبول ركنان لفظيان – فاذا تحققا معا يكون التصرف صحيحا منتجا لآثاره، واذا تخلفا يكون باطلا ولا ينتج أي اثر قانوني أو شرعي لانه مع العدم سيان.

واذا تحقق الاختيار وفسد الرضا يكون العقد فاسدا. والفرق بين الباطل والفاسد واضح، لأن الثاني تلحقه الاجازة فيتحول الى الصحيح، فاذا اجازه المكره بعد زوال اثر الإكراه يصبح

---

[1] في موضوع الإكراه وتأثيره في الإرادة في التصرفات القانونية المالية يُراجع المصادر الاتية:– القانون المدني الفرنسي (م ١١١١– ١١١٥)، العراقي (م ١١٢– ١٢٩)، المصري (م١٢٧– ١٢٨)، والسوري (م١٢٨–١٢٩) والليبي (م١٢٧–١٢٨)، الاردني (م١٣٥–١٤٢)، اللبناني(م٢١٠–٢١٢) الكويتي(م١٥٦–١٥٨)، القطري(م٢٧)، الموريتاني(م٦٦–٧١)، التونسي(الفصل ٥٣–٥٤)، المغربي(الفصل ٤٦–٥٩)، مجلة الاحكام العدلية(م) ومرشد الحيران (م ٢٨٦–٢٩٩).

[2] الاستاذ السنهوري : الوسيط ١/٣٦٠.

صحيحا، ويُنتج آثاره بأثر رجعي من تأريخ ابرامه.

بخلاف العقد الباطل فإنه لا يتحول الى الصحيح الا باستئناف ابرامه مرة أخرى بعيدا عن سبب البطلان. ولا يُتصور الشق الرابع وهو تحقق صحة الرضا وفساد الاختيار لان تحقق الرضا الصحيح يستلزم تحقق الاختيار دون العكس.

والمكره اكراها معنويا له الاختيار ولو كان في نطاق ضيق وهو الخيار بين فعل المكره عليه وبين قبول الخطر المهدد به، غير ان رضاه فاسد في جميع الاحوال.

عناصر الاكراه:

اختلف فيها علماء القانون كماً وكيفاً:

أ- فمنهم[1] من قال عنصران: -

احدهما مادي: وهو الوسائل المستعملة في الاكراه.

والثاني معنوي: وهو الرهبة.

وهذا التقسيم مُعيب لان عناصر الإكراه اكثر من اثنين ولأنه غير مبني على اساس معيار علمي.

ب- ومنهم[2] ذهب ايضا الى انهما اثنان:

احدهما: الرهبة.

والثاني: عدم مشروعية الرهبة.

وهذا الكلام يرفضه المنطق القانوني كما هو واضح، لان الرهبة في حد ذاتها عرض غير مشروع لكون مصدره غير مشروع.

ج- وبعضهم[3] يرى ان عناصره ثلاثة وهي:

١- قوة ضغط على التعاقد.

٢- صدور ضغط عن احد العاقدين او من شخص آخر يعلم به العاقد المستفيد او باستطاعته ان يعلم به.

---

[1] كالاستاذ السنهوري: الوسيط ٣٦٣/١، والاستاذ د.حسن الذنون النظرية العامة للالتزام ص٨٤ ود.عبد الحي حجازي: النظرية العامة للالتزام ٣١٠/١.

[2] كالاستاذ أنور سلطان – النظرية العامة للالتزام ١٨٩/١.

[3] كالاستاذ د. سليمان مرقس – أصول الالتزامات ص ١٣٩.

٣- ان تكون الرهبة الناتجة عن قوة الضغط هي التي دفعت الاخير الى ابرام العقد.

وهذا الاتجاه ايضا معيب لأن عناصر الشيء هي التي يتوقف عليها هذا الشيء.

ومن الواضح ان الإكراه يتوقف وجوده على خمسة عناصر وهي:

المكرِه، والمكرَه، والمكرَه عليه، والمكرَه به، والرهبة.

ولكل عنصر من هذه العناصر شروط يجب توافرها لتحقق الإكراه والاخلال بالالتزام العام كما يلي: -

١- شروط المكرِه (بكسر الراء):

أ- ان يكون قادرا على تنفيذ المهدد به.

ب- ان يكون جديا في تهديده.

ج- ان يوجه تهديده الى المكرَه او الى من هو عزيز عليه كزوجته وولده.

٢- شروط المكرَه (بفتح الراء):

أ- ان يكون مهددا بخطر يمس بالاذى مصلحةً من مصالحه التي يحميها القانون او مصلحة من هو عزيز عليه.

ب- ان يكون عاجزا عن دفعه بنفسه او بالتعاون مع غيره.

ج- ان يغلب على ظنه تنفيذ المهدد به حالا.

د- ان لا يصدر عنه حين تنفيذ المكرَه عليه ما يدل على اختياره.

٣- شروط المكرَه عليه:

أ- ان يكون فعلا معينا.

ب- ان يكون عملا غير مشروع، فاذا كان اجبارا على وفاء دين حال مستحق فلا اكراه.

ج- ان يكون الخطر الذي يهدد مصلحته اكثر واقوى من الخطر المكره عليه، بأن يهدده بالقتل اذا لم يبع له سيارته.

٤- شروط المكرَه به او المهدد به (الخطر): -

أ- ان يكون حالا: فالخطر المستقبلي لا يتحقق به الإكراه القانوني او الفقهي.

ب- ان يقصد به تحقيق غرض غير مشروع، فاذا كان مشروعا كالخطر المتوقع لمن يدافع عن حق خاص او عام تحت ضغط، فلا يتحقق به الإكراه بالمفهوم الاصطلاحي.

ج- ان يتعرض له احد العاقدين بفعل العاقد الاخر أو من ثالث يعلم به العاقد المستفيد او كان باستطاعته ان يعلم ذلك.

د- ان يكون جسيما فلا يُعتد بالخطر اليسير ما لم يترتب عليه ضرر، فاذا حصل الضرر فللمضرور حق التعويض فقط.

٥- شروط الرهبة:

أ- ان تقوم على اساس معقول غير مبنية على وهم محض.

ب- ان تُراعى فيها ظروف المكرَه (بفتح الراء) من كونه ذكرا او انثى، صغيرا او كبيرا، حضريا او قرويا.

ج- ان تكون هي الدافع الى التعاقد.

آثار الاكراه:

اذا توافرت أركان وشروط الإكراه كما ذكرنا تترتب عليه آثار تختلف حسب الاتجاهات المختلفة كالاتي:

أ- القابل للابطال: في الفقه الغربي كل تصرف قانوني يتم تحت ضغط اكراه غير مشروع يكون قابلا للابطال.[1]

ب- في القانون المدني العراقي[2] القائم المتأثر برأي الفقيه الحنفي زُفَر وبرأي فقه الشيعة الامامية[3] يكون التصرف القانوني موقوفا فلا ينتج أثاره من الحقوق والالتزامات الا باجازة المكرَه بعد زوال آثار الإكراه، فاذا اجازه ينتج آثاره بأثر رجعي أي (من إنشاء التصرف) والا يعتبر كأن لم يكن اصلا.

ج- الفاسد: يكون التصرف فاسدا في القوانين العربية المتأثرة برأي جمهور فقهاء الحنفية.[4]

---

[1] الابطال في الفقه الغربي يقابل العقد النافذ غير اللازم، والعقد غيرالنافذ(الموقوف).

[2] المادة (١١٥) من المدني الحالي (من أكره اكراها بأحد نوعي الإكراه (الملجىء وغير الملجىء) على ابرام عقد لاينفذ عقده) وغير النافذ مرادف للموقوف).

[3] الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية للعاملي١/٢٧٦.

[4] بدائع الصنائع للكاساني: ٤٤٨١/٩، مرشد الحيران (م ٢٩٧) وفيه (عقد المكره ينعقد فاسدا)

ج- الفاسد: يكون التصرف فاسدا في القوانين العربية المتاثرة برأي جمهور فقهاء الحنفية كالمدني الاردني[1] والمدني اليمني.[2]

وجدير بالذكر ان الفاسد بسبب الإكراه تلحقه الاجازة، فاذا اجازه بعد زوال أثر الإكراه يتحول من الفاسد الى الصحيح.

د- الباطل: تصرف المكرَه باطل عند الشافعية[3] والزيدية[4] والظاهرية والاباضية. ولم يأخذ بهذا الاتجاه أي قانون مدني عربي.

هـ- نافذ غير لازم عند المالكية[5]: أي ينعقد عقد المكره صحيحا منتجا لاثاره، لكنه قابل للفسخ من الطرف المتضرر الذي تحقق عدم لزومه لمصلحته.

---

[1] وفي المدني الاردني القائم تناقض واضح، لانه يعتبر المكرَه عليه موقوفا وفاسدا في وقت واحد، حيث تنص المادة(١٤١) منه على أن (من أكره باحد نوعي الإكراه أي (ملجيء وغير ملجيء) على ابرام عقد لا ينفذ عقده أي (موقوف) ولكن لو أجازه المكرَه أو ورثته بعد زوال الإكراه صراحة أو دلالة ينقلب صحيحا) أي يتحول من الفاسد الى الصحيح، لان العقد الموقوف ينعقد صحيحا لكن لا ينتج آثاره الا بعد الاجازة. فالصواب أن يقال: ينقلب نافذا بدلاً من صحيحاً في المادة المذكورة.

[2] نصت المادة (١٧٩) من المدني اليمني رقم (١٩لسنة ١٩٩٢) على أنه (لايصح العقد – أي فاسد– الصادر من شخص مكرَه عليه ويجب على من وقع منه الإكراه ارجاع ما كان الإكراه عليه) ويلاحظ ان المشرع اليمني لم يتطرق لتحول العقد الفاسد بالإكراه الى الصحيح بالاجازة. بل اعتبره عقداً باطلا على أساس أن الفاسد والباطل مترادفان، وهو رأي جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية.

[3] المهذب لابي اسحاق الشيرازي في فقه الشافعي ٢٥٧/١.

[4] شرح الازهار للعلامة عبدالله بن مفتاح ٣/٣.

[5] الشرح الصغير للدردير مع حاشية الصاوي٢/٤.

المبحث الثاني
تاثير ظرف عيب التغرير
وتاثر الإرادة واثرهما

من الواضح ان التغرير أو(التدليس) تضليل أحد العاقدين العاقد الاخر بوسائل أحتيالية لايقاعه في غلط او لاستمراره في غلط واقع فيه يدفعه الى التعاقد.[1]

وهو أيضا اخلال بالتزام عام تتاثر به ارادة المغرر به بحيث يدفعه الى تعاقد لا يرضى به لو علم الواقع والحقيقة، لأن العقد يُبرم على أساس توفر عنصر التراضي للطرفين، ولا تراضي في الواقع مادام الفعل المؤثر(التغرير) من أحد العاقدين غير مشروع والارادة المتأثرة للعاقد الاخر معيبةً بعيب الغلط وأثر المؤثر والمتأثر هو الإندفاع على تعاقد لا يرضى به المغرر به.

وقد وقع فقهاء القانون في نفس الخطأ الذي وقعوا فيه في تسميه الإكراه عيبا من عيوب الارادة أو (الرضا) كما سبق، لان التغرير المؤثر فعل المغرر وصفة قائمةً به، بينما العيب وهو الغلط صفة المغرر به (العاقد الاخر) ومادام الموصوفان شخصين متباينين كل منهما مستقل عن الاخر، تكون الصفتان القائمتان بهما متباينتين أيضا، وبتعبير فلسفي هما عرضان مختلفان كل واحد منهما قائم بمحل غير محل الاخر، ومن البدهي ان عرضا واحدا يستحيل ان يقوم بمحلين مختلفين في وقت واحد.

وبناء على ذلك يكون عيب الارادة هو الغلط الذي وقع فيه أحد المتعاقدين بسبب تغرير (تدليس) وتضليل العاقد الاخر له، فليس التغرير نفسه عيبا للارادة لانه فعل المغرر.

وجدير بالذكر ان تعبير التغرير مصطلح الفقه الاسلامي والقوانين المتاثرة به وتعبير التدليس مصطلح الفقه الغربي استعملته القوانين العربية المتاثرة به.

---

[1] الاستاذ د.سليمان مرقس – أصول الالتزامات المرجع السابق ص ١٨٦.

عناصر التغرير:

كما ذكرنا مرارا عنصر كل شيء هو ما يتوقف عليه هذا الشيء ركنا كان ام شرطا.

وقد اختلف علماء القانون في تحديد عناصر التغرير أو(التدليس) كما وكيفا، كما أختلفوا في عناصر الاكراه.

وفيما يأتي بيان ذلك: -

أ- فمن حيث الكم قال البعض[1] أثنان: -

موضوعي (أستعمال طرق أحتيالية)، ونفسي (تحمل على التعاقد).

ويلاحظ على هذا الكلام ان تحمل التعاقد نتيجة التغرير بعد توافر عناصره وليس عنصرا والتحمل من الاثار والنتائج لا من العناصر.

ب- وقال بعضهم[2] انها ثلاثة وهي: -

١- استعمال الحيلة.

٢- نية التضليل.

٣- كون الحيلة مؤثرا.

ويلاحظ على هذا التقسيم ان العنصر الاول هو نفس العنصر الثاني والفرق بينهما بالمادية والمعنوية. ومن الواضح ان العنصر الاول لا يوصف بانه حيلة ما لم يقترن بنية التضليل ثم ان تأثير الحيلة من الاثار التي تتحقق بعد توافر عناصر التغرير.

ج- ويرى البعض[3] وهو المتأثر في هذا الموضوع بالفقه الفرنسي، ان شروط التدليس سبعة وهي: -

١- استعمال طرق احتيالية من احد العاقدين والمؤثرة على ارادة المتعاقد الاخر.

---

[1] وفي مقدمتهم العلامة المرحوم السنهوري حيث قال في الوسيط (٣٤٣/١): -

(ويستخلص من نصوص (م ١٢٥- ١٢٦) من المدني المصري القائم أن للتدليس عنصرين:

أحدهما: استعمال طرق احتيالية وهذا هو العنصر الموضوعي.

والثاني: التحمل على التعاقد وهذا هو عنصر نفسي.

وهذان العنصران كافيان).

[2] وعلى رأسهم الاستاذ د.أنورسلطان – مصادرالالتزام ١٧٥/١.

[3] كالاستاذ صلاح الدين الناهي – مبادىء الالتزامات ص ٧١.

٢- ان تكون وسائل التغرير لم يجر بها العرف ولا يتسامح في الالتجاء اليها عادة لخروجها عن المألوف.
٣- ان يكون التغرير هو الدافع الى التعاقد.
٤- ان يرتكبه احد الطرفين ضد الاخر، فان كان من ثالث يجب علم المستفيد به او كان من السهل علمه به.
٥- اثبات التغرير لان الاصل عدمه.
٦- ان يكون منافيا لمكارم الاخلاق من الناحية القانونية.
٧- ان يكون التغريرفي ضوء المدني العراقي مقترنا بالغبن الفاحش.

تقويم هذا التقسيم:

أ- من شروط الوسائل ان لا يجري بها العرف ومن الواضح ان العرف كما يكون صحيحا يكون فاسدا ايضا، فكان على الباحث ان يُقيد العرف بالصحيح.
ب- الشرط الرابع شرط العنصر وليس عنصرا.
ج- الشرط الخامس وهو الاثبات يكون بعد الثبوت وقد خلط الاستاذ الفاضل بين الاثبات والثبوت والفرق بينهما واضح، فالاثبات يكون بعد اقامة الدعوى وهو شان القضاء فليس من شروط تحقق التغرير.
د- الاخلاق لم تُعِر لها القوانين الوضعية اهمية لان رعايتها من عناصر الالتزامات الادبية دون القانونية، فكان المفروض ان يقول (ان يكون منافيا للنظام العام او الاداب العامة).
هـ- اقتران التغرير بالغبن شرط للعمل به وليس شرطا لتحققه.
د- ومن حيث الكيف منهم من استعمل تعبير العناصر[1] ومنهم من استعمل الشروط ثم قسم الشروط الى العناصر، وخلطوا بين العناصر والشروط مع ان الشرط نوع من العناصر، لان العنصر اما ركن او شرط كما بينا سابقا.
ونرى أن عناصر التغرير خمسة، وهي:-
١- الفعل المؤثر وهو استعمال الطرق الاحتيالية المضللة الذي يسميه علماء القانون (العنصر المادي).

---

[1] كالاستاذ د.عبد الحي حجازي – النظرية العامة للالتزامات ٣٠٥/١.

٢- تاثر الارادة وانفعالها بالفعل المؤثر المذكور الذي يسمى العنصر المعنوي.
٣- علاقة السببية بين المؤثر والمتاثر.
٤- الإندفاع الى قيام بابرام العقد الذي يتم تحت تأثير التغرير.
٥- الغاية غير المشروعة المتوخاة من نتيجة التعزير.

آثار التغرير(التدليس):

لكل مؤثر ومتاثر نتيجة ايجابية او سلبية تسمى أثرا سواء أكان جزائيا ام مدنيا، ماديا أم معنويا.

وللتغرير(التدليس) طابع اجرامي لانه خيانة من الانسان لاخيه الانسان لغرض مصلحته الشخصية وتصوير للباطل بالحق، لذا يعد نشاطا يستحق فاعله جزاءً جرميا (العقاب) اضافة الى الجزاء المدني (التعويض).

أولا: الجزاء الجرمي:

عرفت التشريعات الجزائية منذ زمن ليس بقريب التدليس (التغرير) بتعريفات مختلفة في التعابير ومتفقة في المضمون ومنها ماياتي: -

أ- منهم من عرف التدليس بانه: تشويه الحقيقة في شأن واقعة يترتب عليه الوقوع في الغلط[1] ومفاد هذا التعريف أن جوهر التدليس هو كذب يترتب عليه خلق الاضطراب في تفكير شخص يُضَلله سفسطيا ليتصور الواقع على غير حقيقته لمصلحة المستفيد من هذا التضليل.

ب- ومنهم من[2] عرف جريمة الخداع باعمال او اكاذيب من شأنها اظهار الشيء على غير حقيقته او الباسه مظهرا يُخالف ما هو عليه في الحقيقة والواقع.

لذا قالوا: الخداع نوع من انواع التدليس ولكنه جنائيٌ يختلف عن التدليس المدني.

ومن الواضح ان التدليس والغش مخالفان للنظام العام والاداب العامة.

واول قانون جزائي عالج هذا الموضوع في البلاد العربية – حسبما اعلم – هو قانون العقوبات المصري الاهلي الصادر عام ١٨٨٣م في المادة (٢٤٥) التي نصت على ان (كل من

---

[1] كالدكتور محمود نجيب حسني– شرح قانون العقوبات المصري القسم الخاص ط١٩٨٧ص٩٩٣

[2] مثل الدكتور حسني الجندي – شرح قانون قمع التدليس والغش ط ١٩٩٦ص ٢٦.

غش أشربه أو جواهر أو غلالا أو غيرها من اصناف المأكولات أو ادوية المعدة للبيع بوساطة خلطها بشيء مضر بالصحة، او باع او عرض للبيع اشربه أو جواهر أو أصناف مأكولات أو أدوية، مع علمه انها مغشوشة بوساطة خلطها بشيء مضر بالصحة، ولو كان المشتري عالما بذلك، او باع جواهر ثمينة بدون أخذ الكفالة من المشتري على حسب ما هو مقرر باللوائح، يعاقب بالحبس من ثلاثة اشهر الى سنتين وبدفع غرامة من سنتي قرش ديواني الى الفي قرش.

ويجوز ابلاغ الغرامة الى ربع قيمة التضمينات التي يحكم بها وربع قيمة ما يحكم برده على من ارتكب أمرا مما ذكر).[1]

ثم تلاه قانون العقوبات الاهلية المصري الصادر عام ١٩٠٤، ثم قانون العقوبات المصري الصادر عام ١٩٣٧، ثم قانون رقم ٤٨لعام ١٩٤١ وقانون رقم ١٠٦لسنة ١٩٨٠، ثم قانون رقم ٢٨١لسنة ١٩٩٤.

وقد نصت المادة الاولى من هذا القانون الاخير على الاتي: - (يعاقب بما لا يقل عن خمسة آلاف جنيه ولا يتجاوز عشرين ألف جنيه او ما يعادل قيمة السلعة موضوع الجريمة أيهما أكبر، او بأحدى هاتين العقوبتين، كل من خدع أو شرع في أن يخدع المتعاقد معه بأية طريقة غير مشروعة[2] وتكون العقوبة الحبس لا تقل عن سنة ولا تتجاوز خمس سنوات وبغرامة لا تقل عن عشرة آلاف جنيه ولا تتجاوز ثلاثين ألف جنيه أو ما يعادل قيمة السلعة موضوع الجريمة أيهما اكبر، أو باحدى هاتين العقوبتين، اذا ارتكب الجريمة المشار اليها في الفقرة السابقة أو شرع في ارتكابها).[3]

---

[1] الاستاذ ابراهيم المنجي: جرائم التدليس والغش ط ١٩٩٧ص ٣٢.

[2] كالطرق الاتية: –

أ– من حيث ذاتية البضاعة اذا كان ما سُلم منها غير ما تم التعاقد عليه.

ب– من حيث حقيقة البضاعة أو طبيعتها أو صفاتها الجوهرية أو ما تحتويه من عناصر نافعة وبوجه عام العناصر الداخلة في تركيبها.

ج– من حيث نوع البضاعة أو منشؤها أو مصدرها.

د– من حيث عدد البضاعة او مقدارها أو نحو ذلك.

[3] المرجع السابق ص ٣٧– ٣٨.

وفي قانون العقوبات العراقي القائم[1] يندرج موضوع التدليس تحت عنوان (الاحتيال) في الفصل الرابع في الفقرة الاولى من المادة(٤٥٦) منه التي نصها: -

١- يعاقب بالحبس كل من توصل الى تسلم أو نقل حيازة مال منقول مملوك للغير لنفسه أو الى شخص آخر وذلك بأحدى الوسائل الاتية: -

أ- باستعمال طرق احتيالية.

ب- بأتخاذ اسم كاذب أو صفة كاذبة غير صحيحة او تقرير امر كاذب عن واقعة معينة متى كان من شأن ذلك خداع المجني عليه وحمله على التسليم.

ثانيا: الجزاء المدني:

أثر التغرير وتأثر الإرادة في العقود في الفقه الغربي والقوانين المتأثرة به هو ان العقد ينعقد وينتج آثاره ولكنه قابل للابطال في الفقه الغربي[2] وعالجه المشرع العراقي في المدني القائم المواد(م١٢١- ١٢٤) تحت عنوان (التغرير مع الغبن) لكنه تأثر كما في الإكراه برأي (زُفر) من الحنفية وبفقه الامامية في أعتبار العقد موقوفا في حين انه نافذ غير لازم عند جمهور فقهاء الشريعة، أي قابل للفسخ من الطرف المغرر به المتضرر، وهذا الاتجاه من حيث المآل يتفق مع الفقه الغربي غير ان التغرير وحده لا تأثير له لدى المشرع العراقي المتأثر بالفقه الاسلامي ما لم يقترن بالغبن الفاحش،[3] خلافا للفقه الغربي الذي يعتبر كلاً من

---

[1] كالقانون المدني المصري القائم (م ١٢٥) التي نصها (يجوز ابطال العقد للتدليس اذا كانت الحيل التي لجأ اليها أحد المتعاقدين أو نائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الثاني العقد). والكويتي القائم (م ١٦٢) وهو عالج الغبن دون التغرير ولكنه قسمه الى غبن ناتج عن التدليس (التغرير) وغيره، ففي الحالة الاولى العقد قابل للابطال وفي غيرها لا تأثير له.

[2] والجدير بالذكر أن الفقه الغربي فيه تناقض واضح بالنسبة للعقد القابل للابطال أي(للفسخ) من الطرف الذي تقررت قابلية الابطال لمصلحته حيث يرى فقهاء القانون الغربي أن هذا العقد ليس صحيحا رغم أنهم قالوا ينتج الاثار القانونية، فكيف يتم التوفيق بين عدم صحة عقد وترتب الاثار عليه من الحقوق والالتزامات.

[3] الغبن الفاحش ومن المفضل أن يستعمل تعبير(الفادح) بدلا من (الفاحش) — والغبن اليسير اختلف معايير التمييز بينهما لدى الفقهاء ففي مجلة الاحكام العدلية (م ١٦٥) أن الغبن الفاحش ما زاد على قدر نصف العشر في العروض والعشر في الحيوانات والخمس في العقار.

التغرير والغبن سببا مستقلا لابطال العقد، كما أن الغبن بدون التغرير لا تأثير له على العقد ولا يمنعه من النفاذ، لكن إذا كان الغبن فاحشا (فادحا) وكان المغبون محجورا كالصبي غير المميز والمجنون ومن في حكمهما، او كان المال الذي حصل فيه الغبن مال الدولة او الوقف يكون العقد باطلا.[1]

ويشترط لتأثير التغرير أن يكون صادرا من احد العاقدين، فاذا صدر من شخص ثالث فلا تأثير له على العقد، الا أذا ثبت للعاقد المغبون أن العاقد الاخر كان يعلم أو كان من السهل عليه أن يعلم بهذا التغرير وقت أبرام العقد، وبخلاف ذلك للمغرور أن يرجع بالتعويض على من قام بعملية التغرير، وإذا لم يصبه الا غبن يسير أو أصابه غبن فادح وكان التغرير لا يعلم به العاقد الاخر ولم يكن من السهل عليه أن يعلم به، او كان الشيء قد أستهلك قبل العلم بالغبن، او هلك أو حدث فيه عيب مانع من الفسخ أو تغيير جوهري، يكون العقد نافذا في جميع هذه الاحوال.[2] وجدير بالذكر أن عدم الادلاء بالبيانات اللازمة قبل التعاقد يُعد تغريرا في عقود الامانة: وهي المرابحة أي البيع بثمن الشراء مع زيادة ربح مسمى، والتولية: وهي تمليك بثمن الشراء، والوضيعة: وهي بيع بثمن الشراء مع نقص نسبة معينة، والاشراك: وهو جعل شخص آخر شريكا في جزء من المبيع بما يقابله من الثمن.

ومن ألتزامات البائع قبل التعاقد في هذه العقود بيان الاجل أن وجد وبيان أن الثمن السابق كان دينا بذمة البائع الاول أو أخذه بناء على الصلح أو نحو ذلك.[3]

وفي المدني الكويتي (م ١٦٢) أن للغبن يعتبر فاحشا اذا زاد عند ابرام العقد على الخمس. والاقرب الى الواقع هو أن الغبن اليسير ما يدخل تحت تقويم المقومين من أهل الخبرة والفاحش ما لا يدخل تحت تقويمهم. (المادة ١٦٤) من المدني الاردني القائم.

[1] المادة (١٢٤) المدني العراقي.

[2] المادة (١٢٣) المدني العراقي

[3] تبيين الحقائق للزيلعي ٤/٧٨.

المبحث الثالث

تأثير طرف عيب الاستغلال وتأثر الإرادة وأثرهما[1]

الاستغلال في اللغة: طلب الغَلّة والغلة ثمرة رَيع الملك.[2]

وفي الاصطلاح الفقهي: استخدام أحد العاقدين الحالة النفسية عند الاخر لمصلحته.[3]

والمؤثر هو الفعل المستغِل (بكسر الغين) والمتأثر ارادة المستغَل (بفتح الغين)، والنتيجة هي إندفاع الثاني الى التعاقد لمصلحة الاول.

وقد وقع فقهاء القانون في اعتبار فعل أحد العاقدين (الاستغلال) عيبا لارادة العاقد الاخر في الخطأ، كما وقعوا فيه بالنسبة للاكراه والتغرير. وقد سبق تفصيل ذلك في المبحثين السابقين فلا داعي للتكرار. لكن نؤكد هنا على أن فعل المستغل وعيب أرادة المستغل من الناحية الفلسفية عبارة عن عَرَضٍ قائم بالغير وأنه من المستحيل أن يكون عَرَضٌ واحد مشخص بالذات أن يقوم بمحلين وأن يتحيز فيه.

عناصر الاستغلال:

ذهب بعض فقهاء القانون[4] الى ان للاستغلال عنصرين: مادي ومعنوي.

---

[1] عالجت هذا الموضوع القوانين المدنية الاتية: المدني الفرنسي (م ١٦٧٤- ١٦٨٥)، الالماني (م ١٣٨)، قانون الالتزامات السويسري (م ٢١) مشروع الفرنسي الايطالي (م ٢٢)، المدني العراقي (م ١٢٥)، المصري (م ١٢٩)، السوري (م ١٣٠- ١٣١)، الليبي (م ١٢٩- ١٣٠)، اللبناني (م ٢١٣- ٢١٤)، الكويتي (م ١٥٩- ١٦١)، الجزائري (م ٩٠- ٩١)، القطري (م ٢٨)، الموريتاني (م ٧٥)، اليمني (م ١٨٣)، الاردني (م ١٤٦-١٥٠)، التونسي (الفصل ٦٠- ٦١)، المغربي (الفصل ٥٥-٥٦)، مجلة الاحكام العدلية (م ٣٥٦)، مرشدالحيران (م ٣٠٠).

[2] لسان العرب فصل الغين حرف اللام ١٧/١٤.

[3] الاستاذ د.سليمان مرقس – أصول الالتزامات ص ٢٠٠، الاستاذ عبدالحي حجازي – المرجع السابق ٣١٢/١.

[4] ومنهم الاستاذ السنهوري- المرجع السابق٢٩٢/١، والاستاذ الذنون المرجع السابق ص١٠٣، والاستاذ البدراوي- المرجع السابق٨٧/١ والاستاذ حشمت أبوستيت- النظرية العامة في القانون المدني الجديد٨٢/١ والاستاذ اسماعيل غانم النظرية العامة للالتزام- مصادر الالتزام ٢٢٣/١.

١- العنصر المادي (الموضوعي): هو أختلال التعادل بين ألتزامات العاقدين أختلالا فادحا، وتقدير هذه الفداحة يُترك لتقدير قاضي الموضوع.

٢- العنصر المعنوي (النفسي): هو استغلال العاقد لما في المغبون من ضعف أو نقص كالهوى الجامح والطيش البيّن ونحوهما من سائرالحالات النفسية في العاقد.[١]

ويلاحظ على هذا التقسيم أن الاستغلال هو عنصر مادي وليس عنصراً معنوياً(نفسيا)، لان فعل المستغِل عبارة عن عملية الاستغلال، فالعنصر المعنوي (المستغَل به) عبارة عن الضعف الموجود في العاقد الاخر.

ويرى البعض[٢] أن عناصر الاستغلال التي سماها الشروط أربعة وهي:-

١- أختلال التعادل بين التزامات الطرفين اختلالا فادحا، أو انعدام المقابل أصلا، وبهذا التعميم اختلف عن غيره القائل بعدم وجود الاستغلال في عقود التبرعات.
ونرى أن هذا الاتجاه للاستاذ مرقس هو الصائب، ومن تطبيقاته استغلال الزوجة الشابة زوجها المسن ليتبرع ببعض أملاكه أو كله لها في حياته على سبيل الهبة.

٢- وجود طيش بيّن أو هوى جامح لدى العاقد المغبون على أن يستغله العاقد الاخر، لانه اذا لم يستغل لا يُرتب عليه القانون أثرا.[٣]

٣- قصد العاقد الاخر استغلال هذا الطيش أو الهوى.

٤- ابرام العقد نتيجة لهذا الاستغلال.

ويلاحظ على الشرط الثالث أن ما يُستغل لا يقتصر على الطيش والهوى، والواقع أن عناصر الاستغلال خمسة وهي:

المستغِل (بكسر الغين) والمستغَل (بفتح الغين) أو المستغل فيه، والمستغل به، والغبن.

ولكل عنصر من هذه العناصر شروط خاصة به كالاتي:

١- **المستغِل**: وهو العاقد الذي يستغل عيب ارادة العاقد الاخر للوصول الى غاية غير مشروعة، ومن شُروطه: -

أ- أن يكون المستغل أحد العاقدين سواء أكان أصيلا أم نائبا.

ب- أن تكون نيته الحصول على غاية (مصلحة) غير مشروعة.

---

[١] كعدم خبرة العاقد.

[٢] كالاستاذ سليمان مرقس – أصول الالتزامات ص ٢٠٣.

[٣] الاستاذ مرقس – المرجع السابق.

٢- المستَغل: وهو العاقد الذي اُستُغِل عيب ارادته ونقصها، ومن شروطه: -
أ- أن يكون أحد العاقدين أصيلا كان أم نائبا.
ب- أن يتوفر فيه ضعف من شأنه أن يُستغل من قبل غيه.
٣- المستغل فيه: وهو محل العقد، ومن شروطه: -
أ- أن يكون له مقابل (عوض)، فلا يكون الاستغلال الا في المعاوضات دون التبرعات عند جمهور فقهاء القانون. وذهب البعض[1] الى وجود الاستغلال في عقود التبرعات أيضا، وأيّدنا هذا الرأي.
ب- أن يكون محلا لعقد محدد دون العقد الاحتمالي، لأن العقد الاحتمالي بطبيعته عقد غرر وغبن، فالعاقد المغبون يعلم هذه الطبيعة مقدما، فلا يحق له أن يطعن في العقد الاحتمالي بالغبن، كبيع دار لشخص مقابل مرتب مدى الحياة وكعقد التأمين ونحو ذلك.
فكل من العاقدين يعرف مقدما ما يُعطيه للاخر أو يأخذه منه، ففي مرتب مدى الحياة، صاحب الدار يعرف مقدما ما يُعطيه للمشتري ولكن لا يعرف مقدار ما يأخذه منه، وكذلك المشتري لا يعرف هذا المقدار، لانه مرتبط بشيء مجهول وهو مدة الحياة الباقية، وفي عقد التأمين لا يعرف المؤمن مقدار ما يأخذ من المؤمَن له، كما لا يعرف الثاني مقدار ما يُعطيه من الاقساط.
لذا سُمي هذا العقد عقدا احتماليا، لانه يحتمل الربح والخسارة عند ابرامه، وسُمي أيضا (عقد الغرر) لانه عقد مجهول العاقبة لا تُعرف نتيجته من النفع والضرر. ومثل هذا العقد لا يُطعن فيه بالغبن لانه متوقع مقدما.
٤- المستغل به، ومن صوره: -
أ- الحاجة (حالة الضرورة): كاستغلال الطبيب حاجة المريض الى العملية فيطلب منه في مقابلها مبلغا باهظا فوق الاعتياد.
ب- الطيش البيّن: وهو الخفة والتسرع وسوء التدبير.
ج- الهوى الجامح: وهو الرغبة الشديدة في الحصول على شيء مقابل أي ثمن كان.
د- عدم الخبرة في المعاملات.
هـ- ضعف الادراك (السفه والغفلة ونحوهما).

---

[1] كالاستاذ مرقس.

و- التفاوت الفادح في العمر بين زوج كبير السن وزوجة شابة جميلة تستغل هذا التفاوت وحب زوجها لتسجيل أملاكه كلها أو بعضها باسمها في دائرة مختصة.

وهكذا كل ضعف أو نقص في أحد العاقدين يستغله العاقد الاخر لمصلحته الشخصية فيترتب عليه الغبن الفادح.

والغبن في الاصطلاح الفقهي: هو عدم التعادل بين ما يعطيه العاقد وما يأخذه.

وبناء على هذا التعريف قال جمهور علماء القانون ان مجال تطبيق الغبن والاستغلال هو عقود المعاوضة غير الاحتمالية، فلا يكون في عقود التبرع الاستغلال لان أحد العاقدين في هذه العقود يُقدم أداءاً بدون مقابل، فالغبن باعتباره عدم التعادل المادي لا يُتصور الا في المعاوضات.[1]

ومن شروطه: -

أ- وجود ضعف ممثل بصورة من الصور المذكورة في أحد العاقدين.

ب- أن يستغل العاقد الاخر هذا الضعف لمصلحته الشخصية.

ج- أن يؤدي هذا الاستغلال الى ابرام العقد، وابرام العقد أثر التأثير والتأثر، وهما الفعل والإنفعال الفلسفيان.

د- أن يترتب على العقد غبن فادح للطرف المغبون.

٥- **الغبن**: وهو عدم التعادل بين العوضين كما ذكرنا. ومن شروطه:

أ- أن يكون فادحا. فالغبن اليسير لا يترتب عليه أي أثر من آثار الاستغلال.

ب- أن يكون سبب هذا الغبن هو الاستغلال المستخدم من العاقد الاخر.

موقف المشرع العراقي من الاستغلال:

يتفق القانون المدني العراقي القائم مع سائر القوانين العربية في أن الاستغلال عيب من عيوب الارادة اذا توافرت عناصره المذكورة.

غير أنه ذهب الى أن أحكام الاستغلال تسري على عقود التبرع، كما هو رأي بعض علماء القانون،[2] كما تسري على عقود المعاوضة. ففي عقود المعاوضة أعطى للعاقد

---

[1] ومن أنصار هذا الاتجاه الاستاذ السنهوري – الوسيط ٣٨٦/١.
الاستاذ اسماعيل غانم – المرجع السابق ٢٢٣/١.

[2] كالاستاذ سليمان مرقس – وقد سبق بيان ذلك في هذا المبحث.

المستغل (المغبون) حق طلب رفع الغبن الفادح، اما بزيادة التزامات المستغِل (الغابن) أو بانتقاص التزامات المستغَل، كما هو شأن تأثير الظروف الطارئة التي تجعل تنفيذ التزام المدين مرهقا، ورغم ذلك لا يُعطي لأحد الطرفين طلب حق الفسخ.

أما في عقود التبرع فقد أعطى حق طلب فسخ العقد للمغبون خلال سنة من ابرام العقد.[1]

وفي ختام هذا المبحث أود أن اشير الى نقاط ذات أهمية كبيرة وهي: -

أ- أقترح استبدال كلمة (فادح) بكلمة (فاحش)، لعدم لياقة الثانية للاستعمال في مثل هذا المقام.

ب- المدة المحددة لرفع الدعوى في الاستغلال لرفع الغبن الفادح هي مدة سقوط الدعوى (مضي سنة على إبرام العقد) وليست مدة التقادم، لانها لا تقبل الوقف ولا الانقطاع، فما لم تُرفع الدعوى خلال سنة من ابرام العقد تكون مرفوضة وغير مقبولة.

ج- أحكام الاستغلال والغبن لا تطبق على عقود المزايدة.

د- اضافة الى ما ذُكر، فإن المشرع العراقي في قانون العقوبات القائم اعتبر استغلال القاصر في المعاملات المالية جريمة يُعاقب عليها.[2]

---

[1] نصت المادة (١٢٥) من المدني القائم على أنه (اذا كان أحد العاقدين قد استُغلت حاجته أو طيشة أو هواه أو عدم خبرته أو ضعف ادراكه، فلحقه من تعاقده غبن فاحش، جاز له خلال سنة من وقت العقد أن يطلب رفع الغبن عنه الى الحد المعقول، فاذا كان التصرف الذي صدر منه تبرعا جاز له في هذه المدة أن ينقضه).

[2] نصت المادة(٤٥٨) من قانون العقوبات العراقي رقم(١١١) لسنة ١٩٦٩على أنه:

١- يعاقب بالحبس من انتهزحاجة قاصر لم يتم الثامنة عشرة من عمره أو استغل هواه أو عدم خبرته وحصل منه اضرار بمصلحته أو بمصلحة غيره على مال أو سند مثبت لدين أو مخالصة أو على الغاء هذا السند أو تعديله، ويعتبر في حكم القاصر المجنون والمعتوه والمحجور ومن حكم باستمرار الوصاية عليه بعد بلوغه الثامنة عشرة.

٢- وتكون العقوبة السجن مدة لا تزيد على سبع سنوات أو الحبس، اذا كان مرتكب الجريمة وليا أو وصيا أو قيّما على المجني عليه، أو كان مكلفا بأية صفة برعاية مصالحه سواء كان ذلك بمقتضى القانون أو بمقتضى حكم أو باتفاق خاص.

المبحث الرابع
تأثير ظرف عيب الغلط
وتأثر الإرادة وأثرهما

الغلط هو عيب من عيوب الارادة ولا يوجد فيه أي التباس ولا أي تجاوز، كما حصل ذلك في التعابير السابقة (الإكراه والتغرير والاستغلال)، لانه عيب قائم بارادة أحد المتعاقدين، سواء أحصل ذلك تلقائيا أم بسبب التغرير.

الغلط في اللغة: ورد بعدة معان أقربها الى المعنى الاصطلاحي هو أن يعيا الانسان من جهته صوابه من غير تعمد.[١]

وفي الاصطلاح: يكاد يتفق فقهاء القانون على أنه (وهم يقوم بذهن شخص يُصور له الامر على غير حقيقته).[٢]

وهذا التعريف مخالف للمنطق القانوني، لأن ادراك العاقد الواقع في الغلط الذي يدفعه الى التعاقد بعد أن تعيب به ارادته، أقل بكثير من الوهم الذي هو أدنى درجة من درجات ادراكات الانسان، ثم ان الوهم هو الادراك المقابل للظن وهو ادراك الطرف المرجوح في كل شيء، وطرفه الراجح هو الظن، وبما أنهما متقابلان لا يمكن أن يتحقق الوهم الا بعد تحقق الظن.

ومقتضى هذا التلازم هو أن توهم المشتري بأن المزهرية التي يريد شراءها مثلا مسبوق بظنه أنها ليست أثرية ورغم ذلك يترك العمل بمقتضى ظنه (الطرف الراجح) فيعمل بوهمه (الطرف المرجوح)، فيقدم على شراء المزهرية رغم ظنه أنها ليست أثرية، وهذا ما لا يُتصور أن يفعله كل ذي عقل سليم.

واقترح أن يُعرف الغلط بأنه: تصور الشيء على غير حقيقته.

---

[١] لسان العرب فصل الغين حرف الطاء ٢٣٨/٩.

[٢] الاستاذ السنهوري ٣١١/١. د.صوفي أبو طالب الوجيز في القانون الروماني ص ١٧٥، د.حشمت أبو ستيت – المرجع السابق ٦٤/١، د.أنورسلطان – المرجع السابق ١٦٠/١ د.عبد الحي حجازي – المرجع السابق ٢٩٥/١.

فاذا وقع المتعاقد في الغلط بهذا المعنى فاندفع الى التعاقد تحت تأثير، تُعتبر ارادته معيبة. والغلط سواء أكان تلقائيا أم كان بتأثير التغرير، عيب للارادة وصفة قائمة بها وظرف مؤثر فيها.

عناصر الغلط:

الغلط اما ناتج عن التغرير (استعمال الطرق الاحتيالية المضللة)، واما تلقائي يقع فيه المتعاقد لسبب شخصي (ذاتي): -

أ- فاذا كان ناتجا عن عمل التغرير، فهو يتوقف على نفس العناصر التي كان يتوقف عليها التغرير بمفهومه القانوني، كما ذكرنا في المبحث الثاني.

ب- واذا كان تلقائيا يكون عناصره هي الاتية: -

١- أن يكون هناك واقع لم يُدركه من وقع في الغلط.

٢- أن يكون هناك تصور لشيء آخر.

٣- أن يكون المتصور مخالفا للواقع.

٤- أن يوجد عامل ذاتي (شخصي) أدّى الى عدم ادراك الواقع.

٥- أن تكون النتيجة هي الاندفاع الى ابرام العقد.

وجدير بالذكر أن علماء القانون لم يتطرقوا لبيان عناصر الغلط.

الخطأ والغلط:

النسبة بين الخطأ والغلط العموم والخصوص المطلق، فكل غلط خطأ، لان الشخص في الحالتين يتصور الشيء على غير حقيقته دون العكس الكلي، وذلك لان الخطأ ورد بمعنيين: -

احدهما: هو المعنى المذكور (تصور الشيء على غير حقيقته) والخطأ أو (الغلط) بهذا المعنى يقع فيه كل انسان حتى الانبياء والرسل والذين يُطلق عليهم مصطلح (المعصوم).

والثاني: هو الاخلال بواجب قانوني أو شرعي عمدا أو خطأ، وقد سبق تفصيل ذلك في موضوع المسؤولية التقصيرية، وفي بيان الفرق بين الخطأ الجنائي والخطأ المدني، وبيان الخطأ بالمفهوم الغربي والخطأ بمفهوم الفقه الاسلامي، فلا داعي للتكرار.

والخطأ بالمعنى الثاني لا يقع فيه الأنبياء والرسل والمعصومون، لان الله يُنبههم عليه.

آثار تأثير الغلط وتأثر الإرادة:

آثار عيب الغلط تختلف عن آثار الإكراه والتغرير والاستغلال بحسب أنواع الغلط وطبيعته كما في الايضاح الاتي: -

اولا: أثر الغلط في العقد يكون بطلانه في احدى الحالات الاربع الاتية:

١- اذا كان الغلط في ماهية وطبيعة العقد: كأن يُسلم زيد من الناس مالا الى شخص آخر على أن يكون وديعة عنده ويتسلمه الآخر على أنه هبة له.

٢- اذا كان الغلط في المحل الذي انصب عليه العقد: كأن يؤجر شخص لآخر دارا معينة من دوره، ويقبله المستأجر ظانا أنها هي الدار التي هو يريدها، ثم يتبين خلاف ذلك، فعقد الايجار باطل، لان الايجاب انصب على محل غير المحل الذي حصل القبول عليه. وكأن يُزوج الولي بنته الكبرى (فاطمة) من خطيب يعتقد أنها بنته الصغرى (عائشة)، فالزواج باطل لاختلاف محل الايجاب والقبول.

٣- الغلط في وجود سبب الالتزام: ومن القواعد القانونية العامة المتفق عليها ان كل التزام باطل اذا لم يكن له سبب موجود مشروع.

ومن تطبيقات هذه الصورة اتفاق الورثة مع الموصى له على اعطائه مالا من أموال تركة مورثهم تنفيذا لوصيته، ثم يتضح أن الوصية كانت باطلة، أو أن الموصى له قد رجع عنها قبل وفاته، فالاتفاق بين الورثة والموصى له باطل لعدم وجود سببه.

٤- اذا كان الغلط في وجود محل العقد الذي هو موضوع الالتزام المترتب عليه:

ومن صوره أن يبيع شخص سيارته التي رآها المشتري قبل البيع، ثم يتبين أن هذه السيارة قد احترقت أو سُرقت قبل ابرام العقد، ففي هذه الحالة ينصب العقد على محل لم يكن موجودا حين انشائه، وهو العين المعينة لكل من الطرفين.

أما اذا كان العقد منصبا على محل معين بالاوصاف من الاموال المثلية، فانه لا يُشترط وجوده حيث انشاء العقد، كما في محل عقد السلم الذي يُعين بأوصافه.

ثانيا: أثر الغلط اما أن يكون عدم لزوم العقد، كما في الفقه الاسلامي عند جمهور الفقهاء والقوانين المتأثرة به كالقانون المدني المصري والسوري واللبناني وقد سبق بيان ذلك.

ومن تطبيقات هذه الصورة: -

أ- الغلط في صفة شيء تكون جوهرية في اعتبار المتعاقدين، أو يجب أن يكون كذلك لما يلابس العقد من ظروف معينة.

ب- اذا وقع الغلط في ذات المتعاقد أو صفته وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيس في الاقدام على التعاقد.[1]

ثالثا: الغلط غير المؤثر: وهو الذي لا أثر له على العقد لا في صحته ولا في نفاذه ولا في لزومه.

ومن تطبيقات هذه الصورة: -

أ- الغلط في وصف غير جوهري.

ب- الغلط في شخص عاقد لا تكون شخصيته محل اعتبار في العقد.

ج- الغلط في قيمة الشيء.[2]

---

[1] ينظر: المدني السوري (م ١٢٢)، والليبي (م ١٢١)، واللبناني (م ٢٠٥).

[2] ينظرفي تفصيل هذا الموضوع مؤلفنا نظرية الالتزام برد غير المستحق.

الفصل الثالث
تأثير فعل الاخلال بالالتزام وتأثر التراضي وأثرهما في التصرف القانوني

يلتزم شرعا وقانونا كل من يروم ابرام عقد أن يُدلي بالبيانات الضرورية لانعقاد عقد صحيح نافذ لازم بعيد عن كل تأثير سلبي على عنصر التراضي مما يُضر بمصلحة التصادية للطرف الاخر وبالتالي يُحدث خللا في التصرف القانوني.

فالاخلال بالالتزام التعاقدي قد يكون في الالتزام بالادلاء بالبيانات اللازمة قبل التعاقد، وقد يكون أثناء التعاقد، وقد يكون الاخلال بالالتزام تقصيا بعد التعاقد وقبل التسليم، وقد يكون تقصيا بعد التسليم وقبل الاستعمال وقد يكون بعد الاستعمال.

وبناء على ذلك توزع دراسة تأثير فعل الاخلال وانفعال التراضي على خمسة مباحث:

يخصص الاول: للإخلال بالإلتزام قبل التعاقد.[1]

والثاني: للإخلال أثناء التعاقد.[2]

والثالث: لما بعد التعاقد قبل التسليم.[3]

والرابع: للاخلال بالالتزامات بالبيانات اللازمة بعد التسليم.

والخامس: للاخلال بالالتزام بعد الاستعمال.[4]

---

[1] كما في الاخلال بالالتزام بالادلاء ببيان العيوب الخفية.

[2] كالاخلال بالالتزام بالادلاء بالبيانات الضرورية في عقد التامين.

[3] كالاخلال بالالتزام الممثل بالتقصير في تسليم محل العقد والثمن في عقود المعاوضات، أو في محل العقد في التبرعات.

[4] كاخلال المنتج أو من ينوب عنه بالبيانات الضرورية المتعلقة بالمال المنتج للمستهلك، والاخلال بالالتزام بعدم التعرض أو الالتزام ببيان كون محل العقد غير مستحق كليا أو جزئيا للغير.

المبحث الاول

تاثير الاخلال بالالتزام ببيان العيوب الخفية (قبل التعاقد)

العيب لغة: مأخوذ من عاب يعيب عيباً الشيء اذا صيّره ذا عيب، والعيب مصدر بمعنى النقيصة وجمعه عيوب.[1]

وفي الاصطلاح: نقترح أن يُعرّف بأنه: كل ما ينقص قيمة العين أو منفعتها أو كلتيهما عند التجار وأرباب الخبرة، وما يفوت به غرض صحيح اذا كان الغالب في أمثال المبيع عدمه، وتخلف كل صفة تكون محل اعتبار المشتري.

وعرفه الزيلعي من فقهاء الحنفية[2] بأنه: ما يخلوعنه أصل الفطرة السليمة. وهذا التعريف ناقص فلا يشمل تخلف صفة مرغوبة لدى المشتري.

وعرفته مجلة أحكام العدلية[3] بأنه: ما ينقص ثمن المبيع. والتعريف غير جامع فلا يشمل نقص المنفعة وفوات الوصف المرغوب فيه.

وعرفه المشرع العراقي[4] بأنه: ما ينقص ثمن المبيع عند التجار وأرباب الخبرة أو ما يفوت به غرض صحيح اذا كان الغالب في أمثال المبيع عدمه.

وهذا التعريف أقرب التعريفات الى الواقع من حيث كونه جامعا مانعا.

خفاء العيب:

ويعد العيب خفيا اذا أثبت المشتري أنه لم يكن باستطاعته أن يتبينه بنفسه لو فحص المبيع بعناية الرجل المعتاد. ويكون العيب خفيا فيضمنه البائع اذا لم يكن وقت تسلم المشتري ظاهرا، بحيث لا يمكن تبينه لو فحص المبيع بعناية الرجل العادي.

---

[1] لسان العرب لابن منظور فصل العين حرف الباء.

[2] العلامة عزالدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي في كتابه تبين الحقائق ٣١/٤

[3] المادة (٣٣٨).

[4] المادة ٢/٥٥٨) من القانون المدني العراقي القائم.

وقد عالج المشرع العراقي أحكام العيب الخفي في المواد (٥٥٨- ٥٧٠) من القانون المدني، جاعلاً بذلك من عقد البيع باعتباره من اهم العقود الناقلة للملكية، المجال لارساء القواعد الكلية لضمان العيوب الخفية في جميع العقود.

من الواضح أن الالتزام بالادلاء ببيان العيوب الخفية من ضروريات انعقاد العقد صحيحا نافذا لازما، أن هذا النوع من البيانات يجب أن تسبق مباشرة ابرام العقد، لان التراضي عنصر رئيس في كل عقد من عقود المعاوضات، وأن عنصر الشيء من المفروض أن يتحقق قبل تحقق هذا الشيء في الوجود، وأن التراضي لا يمكن أن يتحقق قبل ابرام ما لم يكن محله سالما من شائبة العيوب التي تنقص قيمته أو تقل من منفعته، أو تحول دون تحقق الغرض المقصود من ابرام العقد ومن مشروعية باعثه الدافع الى الاقدام عليه.

وان العيوب التي تؤثر في العقد وتترتب عليه المسؤولية والضمان، انما هي العيوب الخفية دون المكشوفة الواضحة التي يُدركها من يفحص محل العقد فحص الانسان الاعتيادي.

وبناء على هذه المقدمة فان دراسة العيوب الخفية تتطلب الاحاطة بعناصرها المتمثلة في الشروط وأحكامها (آثارها).[1]

وعلى هذا الاساس توزع دراسة موضوع هذا المبحث على مطلبين، يخصص الاول للعناصر والثاني للآثار.

---

[1] ومن القوانين التي عالجت عناصرالعيوب الخفية وأحكامها هي القوانين القائمة الاتية: - المدني العراقي المواد(٥٥٨- ٥٧٠) والمصري المواد(٤٤٧- ٤٥٥) الاردني المواد (٥١٢- ٥٢١).

المطلب الاول

عناصر العيوب الخفية

يُشترط في الاعتداد بالعيوب الخفية لترتب الآثار على الاخلال بالالتزام ببيانها قبل التعاقد توفر شروط، أهمها مايلي: -

١- أن يكون العيب مما لا يتسامح فيه في المعاملات الاعتيادية أو التجارية. أما العيوب التي تنقص نقصا يسيرا من القيمة أو الانتفاع والتي جرى العرف على التسامح بها، فلا يُعد الاخلال ببيانها سببا ومعيار التسامح وعدم التسامح هو العرف السائد في البلد.

٢- ان يكون العيب مؤثرا: يشترط في تأثير الاخلال بالالتزام ببيان العيب ان يكون هذا العيب مؤثرا في العقد وموجبا لقيام المسؤلية، بأن يكون العيب اما في مادة محل العقد، او في قيمته، او في منفعته، او في الغرض المقصود منه، بأن يكون مما يفوت غرض العاقد وباعثه الدافع الى التعاقد الذي يطلق عليه فقهاء القانون (السبب الباعث).

ومعيار التمييز بين كون العيب مؤثرا او غير مؤثر موضوعي وفق الضوابط التي وضعتها القوانين، لكن قد يكون شخصيا كما في حالة كون العيب تخلف وصف مرغوب فيه لدى العاقد، أو شرط من الشروط التي جعلها العاقد مقترنا بالعقد.

٣- ان يكون العيب قديما: والمراد بكون العيب قديما ان يكون موجودا وقت البيع ومستمرا الى ما بعد ابرامه وقبض محله، او لا يكون موجودا وقت البيع ولكن حدث لدى البائع بعد العقد وقبل التسليم، او نشأ بعد التسليم لدى المشتري لسبب سابق او جرثومة موجودة قبل التسليم، ولكن العيب ذاته لم يطرأ الا بعد تسلم المشتري للمبيع.

وعلى سبيل المثال اذا كان الحيوان المبيع قد وجِدَت فيه جرثومة او مرض قبل ان يتسلمه المشتري، من غير ان يدرك هذه الحقيقة، فأن العيب الذي يرجع سببه المباشر الى ما قبل التسليم يُعد بمثابة الموجود وقت التسليم وقبل إكمال العقد، وبالتالي يكون البائع مسؤولا عن الاخلال بالالتزام ببيان ذلك إن كان عالما به.

واذا كانت النتائج السلبية جسيمة يتحمل البائع تبعاتها ولو لم يكن عالما بتلك الجرثومة وذلك المرض.

وكذلك قد يوجد في الخشب المشترى تسوس قبل التسليم ثم ينتشر هذا التسوس بعده، يعد العيب في هذه الحالة ايضا قديما.

٤- ان يكون العيب خفيا: ولا يكفي لتأثير الاخلال بالالتزام وتأثر العقد ان يكون العيب مؤثرا وقديما، بل يجب إضافة الى ذلك ان يكون خفيا.

ومن الواضح ان العدالة تأبى ان تُفرض المسؤولية على المشتري الذي اشترى شيئا معيبا بعيب خفي لم يكن باستطاعته ان يطلع عليه لو فحص العيب بعناية الرجل المعتاد. وينبني على ذلك ان البائع قد اخل بإلتزامه بالاعلام قبل التعاقد عن قضية تهم المشتري بصورة قطعية ان يعلم بها.[1]

وجدير بالذكر ان الجزاء الذي يترتب على الاخلال بهذا الالتزام ليس للعيب ذاته، وانما مرده الى الخفاء الذي يكتنف هذا العيب.

ويؤكد هذه الحقيقة ان البائع لا يضمن العيوب التي كان للمشتري يعرفها او كان بأستطاعته ان يتبينها لو قام بفحص الشيء المبيع بعناية الرجل المعتاد، ما لم يثبت المشتري ان البائع قد اكد له خلو المبيع من هذا العيب في وقت تعمد اخفاءه غشا منه.

ومعيار التمييز بين كون العيب ظاهرا او خفيا معيار شخصي وليس موضوعيا، فرُب عيب يعد من العيوب الظاهرة الضارة بالنسبة الى شخص يكون من ذوي للهنة او الحرفة او الخبرة، بينما يكون خفيا في نفس الوقت بالنسبة لشخص لا يتمتع بصفة من هذه الصفات.

وجدير بالذكر ان العيب قد لا يُكشف بعد القبض والفحص مباشرة وانما يتوقف على الاستعمال مدة يُحددها العرف ويخضع التقدير للسلطة القضائية التقديرية.

وعلى سبيل المثل ان العيب يعد خفيا بالنسبة للمكائن اذا لم يظهر في التجارب الاولى التي أجريت عليها، وكذلك العيوب في السيارة تعد خفية اذا لم تثبت إلا بعد السير بضعة آلاف كيلومترات.

وهكذا إكتشاف كل عيب خفي تختلف مدته باختلاف طبيعة المبيع (محل العقد).

---

[1] الاستاذ السنهوري: الوسيط ٧٢٢/٤.

٥- أن لا يكون للمشتري علم بالعيب الخفي قبل التعاقد ولم يكن باستطاعته أن يعلم، فلا يضمن البائع عيبا كان المشتري يعرفه وقت البيع، لو كان باستطاعته أن يتبينه بنفسه لو أنه فحص المبيع بما ينبغي من العناية.

أما اذا أثبت البائع في عقد البيع مثلا أن المشتري كان يعلم العيب قبل التعاقد أو قبل القبض أو كان باستطاعته أن يعلمه فلا ضمان عليه بالنسبة لهذا العيب المعلوم القديم. لأن سكوته بعد العلم يُعد رضاً بهذا العيب وتنازلا عن حقه ضمنا بالرجوع على البائع بالضمان، فاذا أراد البائع التخلص من المسؤولية فعليه اثبات أن المشتري كان يعلم بالعيب وقت قبض المبيع، وأنه لم يصدر عنه أي غش ولا أي وعد بالخلو عن العيب الخفي لو يُثبت أن العيب كان ظاهرا ولم يكن خفيا بالنسبة للانسان الاعتيادي.

ومن الواضح ان العلم بالشيء واقعة مادية باستطاعة البائع أن يُثبتها بجميع طرق الاثبات القانونية.

٦- إخطار البائع بدون تأخير: اذا كشف المشتري العيب الخفي بعد القبض عن طريق الاستعانة بالغير، وجب عليه أن يُخطر به البائع بمجرد كشفه خلال مدة معقولة والا سقط حقه في تضمين البائع مثلا.

٧- أن لا يتفق العاقدان على براءة المالك لمحل العقد من كل عيب يظهر فيه مستقبلا. وهذا الاتفاق مقبول ويعمل بمقتضاه شريطة أن لا يقترن بالغش والخدعة، لان كل براءة من العيب باطلة في حالة قيام الغش أو الخدعة لمخالفتها للنظام العام.

٨- أن لا يصرح المالك من بائع أو مؤجر أو نحوهما بوجود العيب في محل العقد حين التعاقد ويقبله العاقد الاخر رغم وجود هذا العيب، اذا لم يكن هذا التصريح مقترنا بغش أو خدعة، والا فلا يُعتد بالتصريح وكشف العيب لأنه لولا هذا الغش أو الخدعة والاحتيال لما قبل المشتري مثلا الشيء المبيع مع وجود العيب، كما اذا أثبت المشتري أن البائع قد أخفى العيب الذي كان مما يمكن اكتشافه لو بذل في فحص المبيع عناية رجل اعتيادي كما لو باع تمثالا من الرخام لاحد العظماء واستطاع اخفاء الكسر الموجود فيه عن طريق وضع بعض النقوش على محل الكسر ليظن المشتري أنهما من نفس التمثال.

٩- أن لا يكون البيع من البيوع القضائية ولا من البيوع الادارية، اذا تمت بطريقة المزايدة العلنية فلا يقوم ضمان البائع للعيوب الخفية، اذا بيع الشيء في المزاد من قبل المحكمة، كما لو بيعت اموال المدين لتسديد ديونه بناءً على حجز الدائنين، او تولت الادارة (الدوائر الحكومية رسمية كانت ام شبه رسمية) بيع اموال مدينها بالمزاد لاستيفاء مالها في ذمته نتيجة لعدم دفعه بعض الرسوم او الضرائب او نحوها، ويشمل هذا الاستثناء ايضا بيع المال الشائع غير القابل للقسمة في المزاد بمعرفة المحكمة.[1]

المطلب الثاني

آثار التأثير والتأثر الفلسفيين في العقود

تترتب على تأثير فعل الاخلال بالالتزام بالادلاء بالبيانات الضرورية قبل التعاقد، وتأثر الإرادة في العقد المنوي ابرامه، آثار فلسفية قانونية تنعكس نتائجها الايجابية والسلبية على العاقدين، وتتلخص تلك النتائج في خيار المشتري بين فسخ العقد ورد المبيع واسترداد الثمن، وبين اجازته بالثمن المسمى أو انتقاص البائع للثمن المسمى، الذي يطلق عليه في اصطلاح فقهاء الشريعة مصطلح (الارش) وهو عبارة عن الفرق بين قيمة المبيع سالما وقيمته معيبا من الثمن، وهذا الفرق يتم تحديد مقداره من قبل أهل الخبرة والاختصاص.

وهاتان النتيجتان لا يمكن اجتماعهما معا، فهما متباينتان من حيث المفهوم ومن حيث التحقق ومن حيث الاحكام كما يأتي في الايضاح التالي:

اولا: خيار العيب بين الفسخ والإجازة :

الاثر المتعلق بالمشتري هو خياره بين قبول المبيع المعيب بثمنه المسمى، أو الاقدام على

---

[1] المدني العراقي (م٥٦٩) المدني المصري (م ٢/٤٤٧)، اللبناني (م ٤٦٠)، وقانون الالتزامات السويسري (م ٢٠٠)، والمدني الفرنسي (م ١٦٤٢)، قانون الالتزامات والعقود المغربي (الفصول ٥٤٩-٥٧٥)، والمدني الكويتي (م ٤٨٩- ٤٩٩)؛ والتونسي (الفصول ٦٤٧- ٦٧٤)، مشروع القانون المدني العراقي (م ٦٥٧- ٦٧٠) محكمة التمييز رقم (١٤٤/حقوقية /١٩٧٠) القرار ١٩٧٠/٢/١ النشرة القضائية ع

الفسخ ورد المبيع[1] واسترداد الثمن اذا كان مدفوعا، ورجوع العاقدين الى ما كانا عليه قبل التعاقد.

الفسخ في اللغة: مطلق النقض.

وفي الاصطلاح: نقض الرباط التعاقدي لسبب من الاسباب الذاتية أو العرضية.

وقد حصر بعض فقهاء القانون[2] والقوانين العربية الحديثة[3] الفسخ في العقد الملزم للجانبين، الذي يمتنع فيه أحد العاقدين عن تنفيذ التزامه، وعلى هذا الاساس اشترطوا لفسخ العقد شروطاً ثلاثة وهي:

١- أن يكون العقد ملزما للجانبين.

٢- أن يمتنع أحد العاقدين من تنفيذ التزامه بدون عذر قانوني.

٣- أن يكون طالب الفسخ منفذا لالتزامه أو كان مستعدا لذلك.

ونرى أن حصر أسباب فسخ العقد في السبب المذكور خطأ لا يستند الى سند معقول منطقي، لأن الاسباب المبررة لمشروعية الفسخ كثيرة ومنها وجود العيب الخفي في محل العقد الذي يُسمى خيار العيب.

من آثار الفسخ:

اذا أختار المشتري فسخ المبيع بدلا من قبوله بالثمن المسمى، تترتب عليه آثار قانونية وشرعية وفي مقدمتها رجوع العاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل ابرام العقد، ولكل واحد منهما استرداد ما سلمه للاخر كما هو، فاذا استحال ذلك يحكم بالتعويض للطرف المضرور.[4]

وجدير بالذكر أن الاثر الرجعي لفسخ العقد انما يجري في العقود الفورية التنفيذ فزوالها يستند الى وقت انعقادها، فيعد العقد كأن لم يكن أصلا، فيلتزم كل من العاقدين بأن يَرد

---

[1] اذا كان باقيا وبدله اذا لم يكن باقيا.

[2] الأستاذ الدكتور سليمان مرقس، أصول الإلتزامات ٣١٠. الأستاذ الدكتور اسماعيل غانم، المرجع السابق، ص٣٢٦. الأستاذ الدكتور انور سلطان، المرجع السابق، ٤١٣ ومايليها.

[3] المدني العراقي (م ١٧٧)، والمصري (م ١٥٧)، والسوري (م ١٥٨) والليبي (م ١٥٩) واللبناني(م ٢٣٩).

[4] المدني العراقي (م ١٨٠) المصري (م ١٦٠) السوري (١٦٠) الليبي (١٦٢) اللبناني (٢٤٢) التونسي (الفصل ٣٣٦).

للاخر ما تسلمه منه.

بخلاف العقود المستمرة التنفيذ كعقد الاجارة، فان الاثر الرجعي فيها من المستحيل بل الاثر يبدأ بالنسبة للمستقبل من تاريخ الفسخ.

غير ان ما يحدث في المبيع من الزوائد المادية المنفصلة لا يستردها البائع حين استرداد المبيع يكون على اساس قاعدة (الغنم بالغرم) أو (الخراج بالضمان)[1] ومفاد هذه القاعدة أن من يتحمل غرم الشيء (ضرره وخسارته) فهو أحق بغنمه (ربحه وثمرته) لانه لو هلك المبيع في يد المشتري بعد القبض لهلك عليه ولأن الزوائد بعد القبض تحدث في ملكه.

فعلى هذا الاساس يكون ما يحدث في ملك الشخص ملكا له.

مسقطات خيار العيب:

يسقط خيار العيب بأسباب كثيرة منها:

١- ظهور عيب جديد عند المشتري.

٢- الزيادة المتصلة غير المتولدة على المبيع، كإضافة غرفة الى الدار المشتراة.

٣- التصرف في المبيع تصرف المالك في مملوكه.

٤- تغير صورته.

٥- هلاك المبيع أو استهلاكه.

٦- العلم بالعيب والسكوت عنه.

٧- شرط البراءة من العيب.

٨- التقادم المسقط الذي يأتي تفصيله.

ثانيا: انتقاص الثمن (الارش):

ذكرنا أن الارش (انتقاص الثمن) هو الفرق بين قيمة المبيع سليما وقيمته معيبا، فاذا لم يمكن اللجوء الى الفسخ الذي هو خيار المشتري بسبب العيب، يجبر البائع على انتقاص الثمن ما لم يكن هنالك مانع وذلك استنادا إلى اعتباره ضامناً للعيوب الخفية التي أخل بالتزامه ببيانها للمشتري قبل التعاقد.[2]

---

[1] مجلة أحكام العدلية المادة (٨٥).

[2] لمزيد من التفصيل ينظر مؤلفنا نظرية الالتزامات برد غير المستحق ص ١٣٣وما يليها.

أهم حالات انتقاص الثمن:

بين علماء القانون وفقهاء الشريعة الاسلامية المبررات لانتقاص الثمن في حالات معينة منها مايلي:

أ- حدوث عيب جديد في المبيع عند المشتري بعد تسلمه، ففي هذه الحالة ليس له اختيار فسخ العقد، وانما له أن يطالب البائع بانتقاص الثمن ما لم يرض بالفسخ واسترداد المبيع ورد الثمن، رغم حدوث العيب الجديد لدى المشتري، فاذا رضي بذلك يلجأ الى فسخ العقد ورجوع العاقدين الى ما كانا عليه قبل التعاقد، اذا لم يكن هناك مانع آخر، لكن اذا زال العيب الجديد يعود للمشتري حق الفسخ ورد المبيع بالعيب القديم واسترداد الثمن.

ب- حدوث زيادة متصلة غير متولدة في المبيع المعيب مانع من الفسخ، فيلجاء في هذه الحالة الى الارش (انتقاص الثمن) كمن اشترى ارضا معيبه بعيب خفي فبنى عليها دارا أو مشروعا آخر يعد هذا المستحدث مانعا من الفسخ، فعلى البائع الضامن أن يتحمل انتقاص ثمن الارض.

لكن الزيادة المنفصلة أو المتصلة المتولدة كالسمن لاتحول دون الفسخ ورد المبيع كنتاج الحيوان المعيب وثمرة الشجرة المعيبة بعد قطفها.

ج- استحالة الرد كما اذا هلك المبيع المعيب هلاكا حقيقيا كاحتراقه أو حكميا كالسرقة في يد المشتري.

د- اذا عيَّب المبيع شخص ثالث خُير المشتري بين الاجازة والفسخ، فان أجاز البيع وقبل المبيع غرمه الارش فان فسخ غرمه البائع اياه.[1]

وجدير بالذكر أن للمتعاقدين أن يتفقا على أن يزيدا في الضمان لو أن ينقصا منه أو أن يسقطا هذا الضمان، غير أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلا اذا كان البائع قد تعمد اخفاء العيب في المبيع غشا منه.[2]

هـ- اذا استعمل المشتري المبيع استعمالا يحط من قيمته قبل علمه بالعيب فليس له حق الفسخ ولكن له المطالبة بانتقاص الثمن.

و- اذا استهلك المبيع قبل علمه بالعيب رجع على البائع بنقصان العيب من الثمن.[1]

---

[1] شرح المنهج بحاشية الشيخ سليمان البجيرمي ٢/٢٧٠.

[2] المدني العراقي (م ٥٦٨) والمصري (م ٤٥٥).

مصادر ضمان العيب الخفي:

الرأي السائد في القانون أن مصدر ضمان العيوب الخفية هو العقد، لأن مصدر الالتزام بادلا. بيانات العيوب الخفية هو العقد. لكن ان صح اعتبار العقد مصدرا فإنه لا ينهض في هذا الالتزام الذي يجب أن يكون قبل التعاقد.

والصواب أن المصدر هو القانون وان الضمان يكيف بالمسؤولية التقصيرية.

أساس ضمان العيب الخفي:

أساس ضمان البائع لعيب خفي لم يبينه للمشتري قبل ابرام العقد هو أن التراضي عنصر رئيس من عناصر جميع عقود المعارضات، وأن هذا العنصر في عقد المعارضة بيعاً كان أو غيره، لا يتحقق في الحقيقة والواقع اذا كان محل العقد معيباً بعيب خفي ينقص قيمته أو منفعته أو يُفوت على العاقد الاخر الغرض المقصود من ابرام العقد، أو يتخلف فيه وصف مرغوب فيه أو مشروط، ثم ان العبرة بالمعاني والمقاصد لا بالالفاظ والمباني،[٢] والتراضي الظاهري المبني على الجهل بالواقع لا يُعتد به.

فلسفة ضمان العيب الخفي:

فلسفة ضمان العيب الخفي هي عبارة عن تحقيق المساواة بين الحقوق والالتزامات المترتبة على العقد، لأن الحقوق اذا زادت على الالتزامات يكون صاحب محل العقد مغبونا، واذا زادت الالتزامات أكثر من الحقوق يكون الطرف الاخر هو المضرور.

موانع الرد والارش معا[٣]:

من أهم موانع الرد والارش ما يلي:

١- علم البائع أو نائبه بالعيب قبل القبض.

---

[١] المدني الاردني القائم (م ٥١٦).

[٢] مجلة الاحكام العدلية (م ٢): الامور بمقاصدها، (م ٣): العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للالفاظ والمباني.

[٣] المنتزع المختار في فقه الزيدية ١٠٧/٣– ١١٠، الانوار في فقه الشافعية ٣٥٥/١.

٢- الرضا به بعد القبض صراحة أو ضمناً، كطلب الاقالة بعد الاطلاع على العيب، لأنه في حكم الرضا.

٣- محاولة اصلاح العيب وعلاجه بعد الاطلاع عليه.

٤- زوال العيب بعد ظهوره زوالا ليس من شأنه أن يتجدد مرة اخرى.

٥- استعمال وانتفاع المشتري بالمبيع المعيب بعد العلم بالعيب.

٦- تبرأ ذمة البائع من جنس عيب عَينهُ، كأن يقول بعتك وأنا بريء عن عيب كذا، ويبرأ من هذا العيب المحدد، ولكن لا يبرأ عن كل عيب بالشرط.[1]

٧- تأخر المشتري عن الرد بدون عذر تأخرا يدل العرف على أنه رضاء بالعيب.

٨- تعلق حق الغير بالمبيع المعيب، فلو رهنه ثم علم بعد ذلك بالعيب، فلا رد في الحال ولا أرش له، لكنه اذا ارتفع المانع فله الرد بناءً على قاعدة (عودة الممنوع بعد زوال المانع).[2]

موانع الرد دون الارش[3]:

أ- هلاك المبيع كليا أو جزئيا في يد المشتري أو في يد غيره باذنه، ففي هذه الحالة يستحيل الرد ويثبت للمشتري حق الارش.

ب- خروج المبيع المعيب كله أو بعضه عن ملك المشتري بعوض أو بدونه، فلو باعه ثم رجع المشتري (الثاني) عليه بالارش يثبت له الرجوع على البائع به.

أما اذا رده المشتري الثاني على المشتري الاول بالعيب فان حقه في الرد على البائع الاول فيه التفصيل الاتي: -

---

[1] الانوار في الفقه الشافعي ٣٤٦/١، خلافا للحنفية حيث قالوا: لو تبرأ من كل عيب صحّ. تبيين الحقائق للزيلعي ٤٣/٤. وقال المالكية (الخرشي ١٢٩/٥) لا تنفع براءة البائع الا من عيب لا يعلم به البائع. ويرى بعض الفقهاء كالزيدية (المنتزع المختار١١٨/٣) أن التاخير لا يُسقط حق المشتري في الرد والارش، وإنما يُسقط بالرضاء بالعيب. ويرى البعض كالشافعية يكون فسخ المبيع على الفور. وحدد الاباضية (النيل وشفاء العليل ٤٦٢/٨) المدة بثلاثة أيام، قياسا على التغرير. وقال الشعراني: عند الامام المالك لا يسقط خيار العيب الا بالاجازة أو الرفض. (الميزان الكبرى للشعراني ٥٦/٢.)

[2] المادة (٢٤)مجلة الاحكام العدلية (اذازال المانع عاد الممنوع).

[3] المنتزع المختار ١١٢/٣وما بعدها.

اذا كان الرد بالتراضي فليس له الحق، بخلاف ما اذا كان بحكم القاضي فان له الرد، وقد علل بعض فقهاء الحنفية سرّ هذا الفرق بين الحالتين.[١]

ج- اذا حدث في المبيع المعيب عيب جديد لدى المشتري، فان حدوث هذا العيب يُبطل حق المشتري في الرد بالعيب القديم، وبالتالي يُبطل الخيار ولكن له حق الارش.[٢]

ويُشترط لكون العيب الحديث مانعاً، أن لا يكون مما يُعرف العيب القديم الا به، والا فيبقى له الخيار بين أخذه وطلب الارش ورده مع دفع ارش العيب الجديد الذي حدث لديه.

د- حدوث زيادة متصلة غير متولدة على المبيع لدى المشتري تكون مانعة من الرد ولا تكون مانعة من الارش.[٣]

---

[١] في تبيين الحقائق للزيلعي الفقيه الحنفي ٣٧/٤- ٣٨. (لو اشترى ثم باعه فرد عليه بالعيب، له أن يرده على بائعه اذا كان الرد عليه بقضاء، لان الرد بالقضاء فسخ في حق الكل، فيكون كأنه لم يبعه. وان كان الرد بالتراضي من غير قضاء القاضي، لا يرده على بائعه، لان الفسخ بالتراضي بيع جديد في حق غيرهما، اذ لا ولاية لهما على غيرهما، بخلاف القاضي، لأن له ولاية عامة فينفذ قضاؤه على الكل. وهذا كله اذا كان الرد بعد القبض، وان كان قبله فله أن يرده على بائعه ألاول، ولو كان بالتراضي في غير العقار، لأن البيع المعيب قبل القبض لا يجوز، فلا يمكن جعله بيعا جديدا في حق غيرهما، فجُعل فسخا في حق كله).

قارن: المنتزع المختار- المرجع السابق ١١٢/٣.

ألانوار: المرجع السابق ٣٤٨/١-٣٥٢.

الخلاف للطوسي في فقه الامامية٥٦١/١.

[٢] في ألانوار ٣٤٦/١ (لو اشترى ما يكون المأكول في جوفه، كالبطيخ والرمان والجوز... فكسره فوجده فاسدا، لا قيمة له، فيرجع بالثمن كله، وان كان له قيمة فإن لم يوقف على مثله الا بمثله، فله الرد قسراً بلا أرش، وان أمكن الوقوف بأقل من ذلك فلا رد وله الارش).

وقد اشترط بعض الفقهاء كالزيدية: (المنتزع المختار١١٣/٣) شروطا ثلاثة وهي: -

أ-أن يكون العيب الجديد بجناية (تَعَد) فلو حدث بالاستعمال يُبطل الخيار.

ب- أن لا يكون العيب الجديد مما لا يعرف القديم الا به.

ج- أن لا يكون الحدوث بآفة سماوية (قوة قاهرة).

ولم يشترط بعض الفقهاء كالشافعية والزيدية الشرطين الثاني والثالث.

[٣] المنتزع المختار- المرجع السابق ١١٣/٣، تبيين الحقائق ٣٥/٤، كتاب الخلاف للطوسي ٦٥/١- ٥٦٢.

المبحث الثاني
تأثير الاخلال اثناء التعاقد
وتأثر الرضى واثرهما

الاخلال بالالتزام بالادلاء بالبيانات الضرورية اللازمة اثناء إجراءات ابرام التعاقد، وبالتالي تأثر الرضا يُمكن ارجاعه الى نوعين من الاخلال في العقود:

احدهما: الاخلال بالالتزام بالبيانات اللازمة اثناء إجراءات ابرام عقد التأمين.

والثاني: الاخلال بالادلاء بالبيانات اللازمة اثناء التعاقد في عقد الامانة.

وبناء على ذلك توزع دراسة موضوع هذا المبحث على مطلبين، يُخصص لدراسة كل واحد منهما مطلب مستقل، زيادة لايضاحه وفائدته.

المطلب الأول
الاخلال بالالتزام بالادلاء بالبيانات الضرورية
اثناء ابرام عقد التأمين وتأثر الرضا وآثرهما

التأمين: هو عقد به يلتزم المؤمِن أن يؤدي إلى المؤمَن له أو إلى المستفيد مبلغاً من المال، أو إيراداً مرتباً أو أي عوض مالي آخر، في حالة وقوع الحادث المؤمن ضده، وذلك في مقابل أقساط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمِن مقابل أقساط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها له المؤمِن.[١]

وفيما يلي تفصيل الموضوع بإيجاز.

---

[١] القانون المدني العراقي النافذ (م٩٨٣).

المؤمن له الشخص الذي يؤدي التزامات المقابلة لالتزامات المؤمن.

ويُقصد بالمستفيد الشخص الذي يؤدي اليه المؤمن قيمة التأمين. وإذا كان المؤمن له هو صاحب الحق في قيمة التأمين، كان هو المستفيد.

اولا: الاسس القانونية التي يقوم عليها عقد التأمين:

كثيرة منها:- [١]

أ- ان يُحيط المستأمن المؤمِن (شركة التأمين) بكل دقة حدود الالتزام الذي يأخذه على عاتقه. ومن المعروف ان شركة التأمين تُقدم عادة لطالب التأمين استمارة مطبوعة فيها فراغات عليه املازها بالبيانات الضرورية، لا فيما يتعلق باعلان الخطر في التأمين فحسب، بل من الضروري ان يعلم المؤمِن قبل ابرام العقد النهائي جميع الظروف المؤثرة في هذا التعاقد.

ب- رغم ان المؤمِن يستطيع ان يبذل جهدا للحصول على ما يريد معرفته، بأن يُرسل خبراءه لمشاهدة المبنى المطلوب التأمين عليه ضد الحريق ومعرفة طبيعة المواد المستعملة في بنائه ونحو ذلك، او يطلب تقريرا طبيا عن الحالة الصحية لمن يؤمِن على حياته، الا أنه لن يستطيع ان يحصل على صورة حقيقية عن الخطر، ما لم يُعاونه طالب التأمين في هذا الصدد.

وكذا لن يستطيع على ان يعرف الامراض السابقة للمؤمَن على حياته، او وجود امراض وراثية في أسرته، ولكل ما ذكرنا وغيره ألزمت قوانين التأمين في بلاد العالم طالب التأمين بأن يُحيط المؤمِن أثناء إجراءات ابرام العقد بجميع الظروف المتعلقة بالخطر من الوقائع والملابسات المحيطة بالخطر المؤمن عليه، لانها تكون محل الاعتبار عند ابرام العقد.

ولكن التزام طالب التأمين لا يمتد الى اعلان كل ما يحيط بالخطر من الظروف، وانما يقتصر على بيان الظروف التي لها التأثير المباشر او غير المباشر على مصير العقد.

ثانيا: مصدر التزام طالب التأمين بالبيانات اللازمة:

التزام طالب التأمين بالادلاء بالبيانات الضرورية واللازمة اثناء إجراءات اكمال العقد ليس التزاما تعاقديا ناشئا عن عقد التأمين، وانما هو التزام سابق عن اكمال العقد

---

[١] يُنظر لمزيد ن التفصيل: المدني العراقي (م٩٨٣-١٠٠٧)، اليمني (م١٠٧٢-١١٠٢)، المدني السوري (٧١٣-٧٣٧)، المدني الليبي (م٧٤٧-٧٨٠)، المدني الأردني (م٩٢٠-٩٦٠).

قانون تأمين فرنسي (م٢١) وما يليها، المدني الألماني (م٣٤٦) وما يليها، قانون التأمين الألماني (م١٦) وما يليها.

الدكتور عبدالودود يحيى/ الإلتزام بإعلان الخطر في التأمين، دراسة مقارنة في القانونين الألماني والفرنسي، ص٧ وما يليها.

فيجب الوفاء به اثناء ابرام عقد التأمين، فاذا تم العقد لم يعد هنالك محل للوفاء به. فمصدر هذا الالتزام هو القانون فيما يتعلق بالالتزامات القانونية، فاذا حصل الاخلال بتلك الالتزامات تكون مسؤولية العاقد مسؤولية تقصيرية وليست مسؤولية عقدية.

وهذا ما يتطلب معرفة انواع الظروف المؤثرة وغير المؤثرة في عقد التأمين كما يلي:-

١- الظروف من حيث نطاقها اما عامة او خاصة: -

أ- من الظروف العامة: السن والوفاة في التأمين على الحياة وكون المواد البناء سريعة الاشتعال واكثر تعرضا لخطر الحريق في التأمين عليه.

ب- من الظروف الخاصة: مرض المستأمن بحيث لا يُرجى شفاؤه عادة وذلك في التأمين على الحياة.

٢- من حيث دور الارادة وعدمه اما ظروف شخصية او موضوعية:

أ- من الظروف الشخصية التي ترجع الى ارادة طالب التأمين: نيته في الاشتراك في سباق السيارات.

ب- من الظروف الموضوعية غير الخاضعة لارادة الانسان كون الطالب مصابا بمرض خطير كالسرطان والأيدز.

٣- من حيث الكيفية اما ايجابية او سلبية : -

أ- من الظروف الايجابية: قرب كراج سيارات الاطفاء من المنزل المؤمن عليه ضدالحريق.

ب- من الظروف السلبية: عدم وجود قضبان حديدية على نوافذ المخزن المؤمن عليه من السرقة.

٤- من حيث الزمن اما ظروف ماضية او مستقبلية:-

أ- من الظروف الماضية: التأمين السابق عن اضرار الاخطار التي سبق ان تحققت والتعويضات التي دفعت.

ب- من الظروف المستقبلية: تفكير طالب التأمين على الحياة في تغيير مهنته من ضابط الاعاشة في الجيش الى الضابط الطيار في التأمين على الحياة.

٥- من حيث الحسن والسوء: -

أ- من الظروف الحسنة المساعدة على تقليل حدوث الخطر، وجود مركز الشرطة قرب المخزن المؤمن عليه من السرقة.

ب- من الظروف السيئة: مجاورة المنزل المؤمن عليه ضد الحريق لمصنع للمواد المتفجرة.

آثار تأثير إخلال المؤمن له وتأثر إرادة المؤمّن:

إذا أخلّ المؤمن له بالتزام من التزاماته المذكورة، طُبِّقت الجزاءات التي نصّ عليها القانون، سواء كان قانوناً مدنياً أو قانون التأمين، ومنها:

الغاء(فسخ) عقد التأمين: يجوز للمؤمن أن يفسخ عقد التأمين إذا ثبت له إخلال المؤمن له بالتزام من التزاماته، ويترتب عليه زوال آثار العقد بالنسبة للمستقبل فقط، لأنه ليس من العقود الفورية التنفيذ حتى يرجع المتعاقدان إلى ما كانا عليه في الماضي من استرداد كلٍ ما سلمه للآخر، وإنما هو من العقود المستمرّة التنفيذ. يكون الآثار بالنسبة للمستقبل فقط، فيسقط حق المؤمن له (أو المستأمن) في التعويض إذا تمّ الإلغاء بعد تحقق الحادثة المؤمن منها.

وبالنسبة لتأثير حسن نية المدلي بالبيانات الكاذبة أو السكوت عن الإدلاء بالبيانات الضرورية، فقد اختلفت القوانين في هذا التأثير، منها ما لم يُفرق بين حالتي حسن النية وسوء النية،[1] ومنها ما فرّق بينهما،[2] فجعل الجزاء البطلان بما يترتب عليه من سقوط حق المؤمن له في التعويض إذا كان سيء النيّة، بأن يكون متعمداً أو على علم بما يُدلي به من البيانات الكاذبة أو يسكت عن الإدلاء عمداً بالبيانات الضرورية.

أما المؤمن له حسن النيّة، فإذا اكتشف المؤمن الإخلال بالإلتزام قبل تحقق الحادثة المؤمن منها، يبقى العقد مع زيادة في مبالغ الأقساط، وإلاّ أُلغي من جانب المؤمن. وفي حالة كشف الإخلال بعد التحقق من الحادثة المؤمن منها يكون الجزاء هو التخفيف النسبي لمبالغ التعويض.[3]

وتسقط دعوى عقد التأمين بإنقضاء ثلاث سنوات من وقت حدوث الواقعة التي تولّدت منها هذه الدعاوى.[4] وإذا كتم المؤمن له بسوء نية أمراً أو قدّم بياناً غير صحيح، بحيث يكون له التأثير السلبي على التأمين، يجب على المؤمن عند الفسخ أن يردّ للمؤمن له الأقساط التي دفعها أو يرُد منها القدر الذي لم يتحمل في مقابله خطراً ما.[5]

---

[1] كقانون التأمين الألماني.

[2] كقانون التأمين الفرنسي، المادتان (٢١-٢٢).

[3] لمزيد من التفصيل في الموضوع يُنظر: الدكتور عبدالودود، ....

[4] المدني العراقي (م٩٨٨).

[5] المدني الأردني النافذ (م٩٢٨).

المطلب الثاني

تأثير الاخلال بالالتزام وتأثر الرضا في عقد المرابحة

تأثير الاخلال بالالتزام اثناء التعاقد، غالبا يكون على نوعين من العقود وهما عقد التأمين وعقد المرابحة، وقد سبق ما يتعلق بعقد التأمين ونتناول في هذا المطلب الاخلال بالالتزام اثناء التعاقد في عقد المرابحة وتأثر الرضا وأثرهما.

المرابحة مأخوذة من الربح[1] وهو الزيادة، وفي الاصطلاح بيع بمثل الثمن الاول مع زيادة الربح.

والمرابحة بيع ما يملكه البائع بما قام عليه مع زيادة[2] مثل ١٠٪ وقد عرفها المدني العراقي القائم (م ٥٣٠/٢) بانه (بيع بمثل الثمن الاول الذي اشترى به البائع مع زيادة ربح معلوم).

شروط بيع المرابحة:

يُشترط في هذا النوع من العقود شروط وهي في حقيقتها التزامات يجب توافرها اثناء التعاقد واهمها ما يلي: -

١- ان يكون العقد الاول الذي بني عليه العقد الجديد صحيحاً، لان المرابحة بيع مرتب على الثمن الاول المسمى ومعتمد عليه، لذا يقتضي ذلك صحة العقد السابق.

٢- ان يكون البائع الثاني صادقا في بيان مقدار وكمية المعقود عليه من المبيع والثمن للمشتري الجديد، فاذا حصلت زيادة متولدة من المبيع فيجب بيانها للمشتري لانها جزء من المبيع.

٣- ان يكون الثمن من المثليات، لان المرابحة بيع بمثل الثمن الاول مع زيادة، فهذا

---

[1] لسان العرب فصل الرابع حرف الحاء.

[2] بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع لابي بكرين مسعود الكاساني.

النوع من البيوع عادة لا يكون الا اذا كان الثمن مثليا كالنقود والمكيلات والموزونات والمقيسات والمعدودات.

٤- ان يُبين البائع العيب الخفي اذا كان موجودا في المبيع، سواء أكان حادثا لديه او لدى البائع الاول، أم كان عيبا مترتبا على سبب سابق على القبض في البيع الثاني.

٥- كذلك يلتزم البائع بان يُبين كل ما من شأنه ان يؤثر في المعقود عليه، كأن يسكت او يخفي عيبا حدث في المبيع قبل قبضه من مشتري، وكالشراء نقداً أو تأجيلا أو تقسيطا، لأن للتاجيل او التقسيط دورا بارزا في زيادة الثمن ونقصه، واساس هذا الالتزام هو ان الثمن المؤجل غالبا يكون اغلى من الثمن الحال، لذا يجب ان يكون المشتري في المرابحة على بينة من امره، فيختار لنفسه ما فيه الكفاية، ويستطيع ان يصل الى قرار يكون هو المسؤول عنه بعد ان توافرت المعلومات التي تتمشى مع الامانة المفترضة في هذا البيع.

وجملة الكلام انه لايجوز لمن اشترى شيئا نسيئة، ان يبيعه مرابحة حتى يبين للمشتري انه اشتراه نسيئة، لان بيع المرابحة امانة تنفي عنه كل تهمة وخيانة ويتحرز عنه كل كذب.

٦- يلتزم البائع ببيان الزيادة المتولدة في المبيع عنده، كالولد في الحيوان والثمرة في البستان ونحوهما. فلا يجوز للبائع البيع مرابحة حتى يُبين هذه الزيادة التي حدثت عنده، لأن الزيادة المتولدة من المبيع يُعد جزءً مُنفصلا من المعقود عليه (المبيع)، ويُحَطُّ ذلك من الثمن او تُسلم الى المشتري مع أصل المبيع.

أما الانتفاع بالمبيع من غير الزيادة المتولدة كسكنى الدار المشتراة واستعمال السيارة، اذا لم يؤد ذلك الى نقص قيمة المبيع او منفعته او حدوث نقص فيه، فلا تأثير له ولا يلتزم البائع ببيان ذلك الاستغلال او الاستعمال، ما لم يصل الى درجة التأثير في المبيع.

٧- اذا كان اساس البيع الاول هو الصلح في محل متنازع عليه يلتزم البائع ببيان ذلك، لان حسم النزاع عن طريق الصلح على بيع احد المتنازعين شيئا للاخر، له التأثير على القيمة الحقيقية للمبيع، لان للمتنازع قد يشتري المتنازع عليه باكثر من ثمنه الحقيقي او باقل منه، لأجل حسم النزاع عن طريق الصلح.

٨- يلتزم البائع ببيان مدى صلته مع البائع السابق، كالعلاقة الزوجية وعلاقة القرابة، لان هذه العلاقة قد تكون ذات تأثير على تحديد الثمن، فقد يكون الثمن اكثر من القيمة الحقيقية، كما يُتصور عكس ذلك بان يكون الثمن اقل منها من باب المحابات، ففي حالة دفع الزيادة على القيمة الحقيقية رعايةً للقرابة او العلاقة الزوجية، يلتزم البائع ببيان ذلك للمشتري في بيع المرابحة، لأنه من البيوع المعتمدة على الامانة والثقة وحسن النية في التعامل، فكل اخلال بهذا الالتزام يعد خيانة في الامانة وبالتالي يؤثر على رضا المشتري لو علم هذه الحقيقة.

آثار تأثير الاخلال بالالتزام وتأثر الرضا في بيع المرابحة:

يترتب على فلسفة تأثير الاخلال وتأثر التراضي في مسؤولية البائع المخل بالتزامه وتحمل تبعات عمله غير المشروع، أن يُخيَّر المشتري في حالة ثبوت الاخلال بين قبول المبيع بالثمن المسمى رغم اخلال البائع بالتزامه والتنازل عن حقه، او رد المبيع واسترداد الثمن او المطالبة بالفرق او التعويض عما لحقه من خسارة اوضرر.

وتسري جميع عناصر واحكام بيع المرابحة على سائر عقود الامانات الاتية: -

أ- بيع النقيصة او بيع الوضيعة: وهو عكس بيع المرابحة، اي بيع بمثل الثمن الاول الذي اشترى به البائع مع نقص معلوم، كان يقول للمشتري بعتك هذا بما قام علي مع نقص ١٠٪.

ب- بيع الاشراك: وهو ان يجعل المشتري الاول شخصا آخر شريكا له في جزء من المبيع كنصفه او ربعه بما يقابله من الثمن، لو بما قام عليه من التكاليف والنفقات.

ج- التولية: وهي ان يبيع المشتري المبيع بما قام عليه بدون ربح او خسارة.

فهذه الانواع الاربعة من العقود تُعرف في اصطلاح الفقهاء بعقود الامانات، لانها مبنية على اساس الامانة والثقة وحسن النية في هذه العقود اكثر من غيرها من العقود الاخرى.

المبحث الثالث
تأثير الاخلال بالالتزام وتأثر الملكية
بعد العقد قبل التسليم

من اهم التزامات البائع – مثلا – بعد انعقاد العقد وقبل تسليم المبيع الى المشتري او الى من ينوب عنه، من حيث طبيعة محل هذا الالتزام نوعان:-

احدهما: الالتزام بنقل الملكية محل العقد الى المشتري.

والثاني: تسليمه لتمام الملكية.

ويُخصص لكل منهما مطلب مستقل لزيادة الفائدة والايضاح.

وجدير بالذكر ان التطبيقات رغم أنها في البيع، إلا أنها تسري على سائر التصرفات القانونية، وديدن فقهاء القانون والفقه الإسلامي هو الإكتفاء بالعناصر والأحكام في عقد البيع والإستغناء به والحكم بسريانها على سائر العقود، استبعادا للتطويل الممل.

المطلب الأول
الاخلال بالتزام بنقل الملكية بعد الانعقاد

الاصل في كل عقد ان الملكية تنتقل بمجرد انعقاده، لانها من آثار العقد الصحيح، فآثار كل عقد بعد صحته ونفاذه عبارة عن الحقوق والالتزامات المتقابلة، فمن حق المشتري كسب ملكية محل العقد (المبيع)، ومن التزامه تسليم الثمن الى البائع، كما ان من حق البائع كسب ملكية الثمن، ومن التزامه تسليم محل العقد الى المشتري.

غير ان هنالك بعض الاستثناءات من هذا الاصل، فبعض العقود لا تنقل الملكية لاسباب منها داخلية (داخل العقد) ومنها خارجية (خارج العقد)، وهي تحول دون حق انتقال الملكية رغم نشوء الالتزام بمجرد العقد في جميع العقود ما دامت صحيحة نافذة.

ومن هذه المستثنيات: -العقود العينية التي لا يتم فيها نقل الملكية الاّ بالتسليم، والعقود المنصبّة على الاشياء المثلية المعينة بالنوع او الصنف والاوصاف من الاموال

المثلية، لا تنقل ملكية محل العقد الى الطرف الاخر الا بالافراز.

ومن هذه العقود ايضا بيع العقار خارج الدائرة المختصة في بعض القوانين[١]. فهذه العقود كلها تنشىء الالتزام دون الحقوق، كما في الايضاح الاتي: -

اولا: العقود العينية:

وقد عرفها علماء القانون تعريفا خاطئا، حيث قالوا انها عقود لا تنعقد بتوفر التراضي ما لم يتم تسليم محل العقد الى الطرف الاخر.

وهذه العقود خمسة انواع وهي: عقد الرهن الحيازي، وعقد الاعارة، وعقد الوديعة، وعقد هبة المنقول وعقد القرض.

واتهموا الفقه الاسلامي بأنه غرق في العقود العينية، وان التسليم ركن من اركانها، في حين ان الفقه الاسلامي بريء من هذه التهمة، فالتسليم فيها بميزان هذا الفقه ليس ركنا ولا شرطا لانعقادها وصحتها، وانما هي تنعقد صحيحة نافذة لازمة بمجرد تراضي العاقدين وتلاقي ارادتهما على انشائها، فهي تُنشيء الالتزام من آثارها دون الحقوق، لذا قالوا: العقود العينية لا تتم الا بالتسليم، فالمراد (لا تتم آثارها من مجموع الحقوق والالتزامات)، بل يترتب عليها بعض الاثار وهي الالتزامات دون البعض وهي الحقوق الا بعد التسليم.

فعبارة (لا تتم) في المادة (٦٠٣) من القانون المدني العراقي النافذ (لا تتم الهبة في المنقول إلا بالقبض) تفسيرها من قبل شرّاح القانون بـ(لا تنعقد) خطأ شائع، لأن المراد بها عدم تمام الآثار، لا عدم تمام العناصر. فعبارة (لا تتم) في كلام الفقهاء بالنسبة لهذه العقود لا تتجه الى العناصر (الاركان والشروط) وانما هي بالنسبة للاثار فتنتج بعضها (الالتزامات) دون البعض الاخر (الحقوق) الا بالتسليم كالاتي:-

أ- عقد هبة المنقول: يُنشئ التزام الواهب بتسليم الموهوب للموهوب له، لكن الثاني لا يكتسب أي حق على الموهوب من تصرف او استعمال او استغلال الا بعد قبضه.

ب- عقد الرهن الحيازي: (الذي يكون المرهون فيه مالا منقولا) ينشئ التزام المدين الراهن بتسليم المرهون لكن لا يكتسب الدائن المرتهن حق بيعه لاستيفاء دينه من ثمنه اذا لم يحصل عليه بعد انتهاء اجله الا بعد قبضه.

---

[١] كالقانون المصري.

د- عقد الاعارة وهو اباحة أو تمليك المعير منفعة المال للمعار مدة معينة بدون مقابل، فهذا العقد ينشئ التزام المعير بتسليم المال المعار بمقتضى عقده وتعهده، لكن ليس للمستعير حق التصرف أو الاستعمال أو الاستغلال في المنفعة الا بعد قبضه.

هـ- عقد الوديعة ينشئ التزام المودع بتسليم الوديعة الى المودع لديه، ولكن لا يترتب عليه أي حق الا بعد القبض كعقد ايداع النقود في البنوك.

آثار التأثير والتأثر:

والاخلال بهذه الالتزامات بالاضافة الى تاثر حق الملكية به، تترتب عليه مسؤولية دينية ومسؤولية عقدية.

اما المسؤولية الدينية فلقوله تعالى: ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولاً﴾.[1]

وأما المسؤولية العقدية فهي تحمل تبعات المدين التي تترتب على اخلاله بالتزامه، فعليه مسؤولية التعويض عن كل ضرر يترتب على هذا الاخلال مسؤولية عقدية لانعقاد العقد بمجرد الايجاب والقبول.[2]

ثانيا: بيع الاشياء المثلية المعينة بالنوع أو الصنف والاوصاف :

ومن الواضح ان من شروط صحة كل عقد ان يكون محله معينا بالذات، كما في حالة الرؤية أو الاشارة، أو معينا بالنوع أو الصفة أو المواصفات، وبيع كل منقول معين بالنوع أو الصنف والاوصاف لا ينقل ملكية المبيع الى المشتري الا بالافراز عن طريق الكيل أو الوزن أو العد أو القياس.

---

[1] سورة الاسراء/٣٤.

[2] لمزيد من التفصيل يراجع المراجع الفقهية الاتية: -

في الفقه الحنفي: بداية المبتدي بشرح الهداية للمرغيناني ١٢٤/٤.

في الفقه المالكي: بشرح الصغير للدرديري ١٠٤/١.

في الفقه الحنبلي: المغني لابن قدامة ٢٦٤/٤.

في الفقه الزيدي: الروضة النضير ٢٤/٤.

في فقه الامامية: شرائع الاسلام للحلي ٦٦/١.

وبهذا الصدد أيضا ينظر مؤلفنا نظرية الالتزام برد غير المستحق ص ١٢٢ وما يليها.

ونقترح ان يُبدل تعبير (بالنوع) بـ(الصنف) لان محل العقد يجب أن يُعين بالصنف لاختلاف قيمة النوع باختلاف أصنافه كما في نوع الارز والتمر ونحوهما.

وجدير بالذكر ان الملكية تعتبر قائمة من تأريخ الافراز، لا من تاريخ إنشاء العقد، أي ليس لهذه الملكية الاثر الرجعي، لكن يُستثنى من هذه القاعدة بيع المنقول المثلي جزافا، فتنتقل ملكيته من تاريخ إبرام العقد شانه في ذلك شأن المنقول المعين بذاته، فلو باع شخص محصوله الزراعي جزافا تنتقل الملكية الى المشتري من حين وجود المحصول، ما لم يتم الاتفاق على خلاف ذلك.

ومعيار التمييز بين الجزاف والتعيين بالصنف، ان البائع في الثاني يبيع المعين بالصنف على اساس معيار معين من الكيل أو الوزن أو القياس أو العد، بخلاف البيع جزافا فلا يستخدم أي معيار من هذه المعايير حين التسليم.

آثار الاخلال بالالتزام بنقل الملكية بالافراز:

اذا امتنع البائع عن تنفيذ التزامه بنقل الملكية عن طريق الافراز يكون للمشتري خياران:

احدهما: له ان يشتري منقولا من نفس الصنف بعد اعذاره للبائع واستئذان المحكمة[1] ثم يرجع الى البائع لمطالبته بالثمن الذي حصل به على المبيع بالاضافة الى المصاريف التي تكبدها للحصول على هذا المبيع.

والثاني: للبائع ان يطالب بقيمة الشيء المبيع.

وبالاضافة الى هذين الخيارين فان للمشتري الحق في المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحقه من جراء امتناع البائع الملتزم من تنفيذ التزامه عن طريق الافراز اذا اثبت الدائن قيام هذا الضرر.[2]

---

[1] ويجوز له الشراء دون استئذان المحكمة في حالة الاستعجال بأن لاتسمح ظروف الحال بالتاخير للاستئذان.

[2] المدني القائم (م ٢٤٨/٢).

د.كمال قاسم ثروت – شرح أحكام العقد ص ١٠٨ وما يليها.

ثالثا: نقل ملكية العقار:

بيع العقار لا ينعقد الا اذا سُجِّل في الدائرة المختصة (دائرة التسجيل العقاري) واستوفى شكله الذي نص عليه القانون.[1]

والإجراءات الشكلية التي يجب اتباعها لتسجيل العقار في دائرة التسجيل العقاري انما هي لحماية حقوق الناس وضمان استقرار المعاملات المالية.

مدى جدوى توثيق التعهد بنقل الملكية لدى الكاتب العدل قبل التسجيل في الدائرة المختصة: -

الكاتب العدل يمتنع من هذا التوثيق لانه خارج عن اختصاصه[2] واذا اعتبر بيع العقار خارج الدائرة المختصة لا يترتب عليه الالتزام كما لا يترتب عليه نقل الملكية، فما هو جزاء اخلال البائع بتعهده بالتسجيل في الدائرة المختصة؟.

الجزاء هو التعويض سواء اشترط في التعهد أو لا على ان لايقل هذا التعويض عن الفرق بين قيمة العقار المعينة في التعهد وقيمته عند النكول دون الاخلال بالتعويض عن أي ضرر آخر.[3]

ولكثرة حالات اخلال البائع بتعهده بنقل ملكية العقار عن طريق تسجيل العقد في الدائرة المختصة، صدر قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (١١٩٨) في ٢/١١/١٩٧٧ الذي يقضي في فقرته (أ) بما ذكر.

كما وردفي الفقرة (ب) منه انه (اذا كان المتعهد له سكن العقار محل التعهد أو أحدث فيه أبنية أو منشآت اخرى بدون معارضة تحريرية من المتعهد، فان ذلك يعتبر سببا صحيحا يبيح للمتعهد له تملك العقار بقيمته المعينة في التعهد أو المطالبة بالتعويض، حسب ما جاء في الفقرة (أ) مضافا اليه قيمة الخدمات القائمة وقت النكول).

ثم عدل هذا القرار بقرار رقم (١٤٢٦) في ٢١/١٢/١٩٨٣ [4] فعُدلت الفقرتان (أ)

---

[1] المادة (٥٠٨) من المدني العراقي القائم.
المادة (٣) من قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١.

[2] المادة (١١) من قانون الكتاب العدول رقم ٢٧ لسنة ١٩٧٧.

[3] تنص المادة (١١٢٧) من المدني القائم عل أن (التعهد بنقل ملكية عقار يقتصر على الالتزام بالتعويض اذا أخل أحد الطرفين بتعهده سواء اشترط التعويض في التعهد أم لم يشترط).

[4] المنشور في الوقائع العدلية العدد ٢٩٧٤ في ٢/١/١٩٨٤.

و(ب) واضيف اليهما نقل حق التصرف والاراضي الزراعية أيضا.

وجدير بالذكر أن هذا القرار لايزال ساريا لانه لم يصدر قانون (حسب ما أعلم) بالغائه.

ونقترح أن يأخذ المشرع العراقي في هذا الموضوع باتجاه المشرع المصري في إعتبار التسجيل في الدائرة المختصة شرطا لانتقال الملكية.

فبيع العقار في قانون الشهر العقاري المصري[1] (المادة ٩) التي تنص على أنه (ينعقد بيع العقار خارج الدائرة للمختصة وينشئ التزام البائع بالتسجيل)، فاذا أخل بالتزامه يستصدر المشتري قرارا من المحكمة ويكون لهذا القرار حُجية التسجيل في الدائرة المختصة.

المطلب الثاني

تأثير الاخلال بالالتزام بالتسليم وتأثر الملكية

من الواضح أن التسليم في عقد البيع مثلا محل التزام البائع وأن موضوع هذا الالتزام هو محل العقد (المبيع) وأن لتسليم هذا المحلِ طرقا متعارفا عليها في بلد العاقدين أو متفقاً عليها.

وأن من شروط هذا التسليم:

١- أن يكون موضوعه كاملا غير متجزء.

٢- أن يكون بالحالة التي كان عليها حين إبرام العقد.

٣- أن يكون في الزمان والمكان المحددين بالاتفاق أو العرف.

فاذا أخل الملتزم بشرط من هذه الشروط، يُعد مخلا بالتزامه، والاخلال فعل تنفعل (تتأثر) به مصلحة الملتزم له. وتكون النتيجة الفلسفية للتأثير والتأثر الفلسفيين أثر فعال من جانبين: -

من جانب الملتزم يكون الاثر عبارة عن المسؤولية التعاقدية وهي تحمل تبعات اخلاله بالتزامه.

ومن جانب الملتزم له الأثر يكون ضرره وخسارته وعدم تحقق مصلحته التي كانت مستهدفة من الاقدام على إبرام العقد.

---

[1] قانون رقم (١١٤) لسنة ١٩٦٤ تنظيم الشهر العقاري المصري.

وبعد هذه المقدمة نتناول بإيجاز مستلزمات التسليم السليم كما يلي:-

طرق التسليم:

التسليم إما مادي (التسليم الحقيقي) أو معنوي (التسليم الحكمي).

١- التسليم المادي: هو وضع المبيع في حيازة المشتري بحيث يكتسب به صلاحية ممارسة خواص ملكيته له من الاستغلال والاستعمال والانتفاع والتصرف والحيازة الهادئة، وجدير بالذكر أن طريقة وضع المبيع تحت سلطة المشتري تختلف باختلاف طبيعة موضوع الالتزام (محل العقد)، ففي المنقولات يكون التسليم والتسلم بالمناولة اليدوية، وفي العقار يكون تسليم الدار مثلا بتخليتها عما يختصّ به وتسليم مفاتيحها، وتسليم الارض الزراعية يكون بتخليصها مما يسمى العقار بالتخصيص، كالمكائن والمضخات ونحوهما مما يعود الى البائع ويكون تابعا وخادما للارض الزراعية أو البستان، وكذلك التخلية من الحيوانات ان وجدت، وفي النقود والاوراق المالية والتجارية وضعها تحت يد المشتري أو من ينوب عنه، وفي البضائع والسلع التجارية المستوردة أو المصدرة يكون شحنها وتسليم المستندات وأوراق الشحن الى المشتري أو من ينوب عنه يُعد تسليما.

وهكذا تسليم كل شيء يختلف باختلاف طبيعته وباختلاف الاعراف الداخلية والدولية.

٢- التسليم المعنوي: ومن صوره:

أ- أن يكون المبيع في حيازة المشتري قبل التعاقد كأن يكون مستأجرا أو غاصبا أو مرتهنا رهنا حيازيا أو مستعيا أو نحو ذلك، فيُعد هذا القبض المادي للمشتري سابقا تسليما معنويا بالنسبة للبائع.[1]

ب- أن يكون البائع محتفظا بحيازته للمبيع بعد البيع بصفته مستأجرا أو مستعيرا أو مرتهنا رهنا حيازيا أو نحو ذلك، فيُعتبر المشتري في هذه الحالات قابضا للمبيع معنى.[2]

ج- أن تنتقل حيازة المبيع ماديا الى شخص ثالث فيقبضه من البائع مباشرة،

---

[1] المادة (٥٣٩) من المدني العراقي القائم.

[2] المادة (١/٥٤٠) المدني العراقي.

فعندئذ يقوم قبضه للمبيع مقام قبض المشتري له معنويا.[١]

ثانيا: أن يكون التسليم كاملا للمبيع ذاته وملحقاته.[٢]

ثالثا: أن يكون التسليم للمبيع وملحقاته بالحالة التي كان عليها وقت انشاء العقد من حيث الكمية والكيفية، وبخلاف ذلك يُعد الملتزم مُخلا بالتزامه ومُضرا بمصلحة الملتزم له.

رابعا: أن يُسلم المبيع غير مثقّل بحق للغير، فاذا سلمه وكان مُثقلا بحق الغير بأن كان مرهونا أو مستأجرا حين التسليم، يُعد ذلك إخلالا بالالتزام ما لم يوافق المشتري على ذلك بعد علمه به.

ويرى أكثر فقهاء الاسلام أن البيع في هذه الحالة يكون موقوفا على اجازة المشتري خلافا للقانون.

خامسا: اذا كان المبيع من الاشياء المثلية، فيجب على الملتزم تسليم نفس الصنف دون صنف آخر ولو كان من نفس النوع، لأن الاصناف رغم عدم اختلافها في ماهياتها تكون مختلفة بمشخصاتها وخواصها وصفاتها كاللون والحجم والطعم والرائحة ونحو ذلك.

وقد خلط علماء القانون وأكثر فقهاء الشريعة بين الجنس والنوع من جهة، وبين النوع والصنف من جهة اخرى في المعاملات، وبوجه خاص في الاشياء المثلية، فالاجناس والانواع مختلفة في ماهياتها بخلاف أصناف نوع واحد، فهي متفقة في الماهيات والذاتيات لكنها مختلفة في الاعراض والخواص.

ومن الواضح أن لهذا الاختلاف أثرا كبيرا على القيمة الحقيقية لهذه الاصناف، فتسليم صنف بدلا من صنف آخر يُعد اخلالا بالالتزام ما لم يكن الصنف المسلم أجود من الصنف المبيع.

سادسا: أن يَتم التسليم في الزمان والمكان المحددين في العقد حسب الاتفاق، فاذا لم يُحددا فيه فتجب رعاية العرف السائد في هذا التحديد.

سابعا: يجب في جميع أحوال التسليم أن لا يكون هذا التسليم مقترنا بضرر مادي يُخل بمصلحة المشتري، وإلاّ فيُعد الملتزم مُخلا بالتزامه رغم رعايته للنقاط المذكورة.

---

[١] المادة (٢/٥٤٠) المدني العراقي.

[٢] وهي كل ما يدخل في المبيع عرفا أو اتفاقا.

آثار الاخلال بالالتزام في إحدى الحالات المذكورة:

اذا امتنع البائع عن تسليم المبيع الى المشتري او أراد التسليم في غير المكان والزمان المحددين بمقتضى الإتفاق أو القانون أو العرف، أو سلم المبيع بحالة تختلف عن الحالة التي كان عليها وقت إبرام العقد بدون اتفاق مسبق على ذلك، أو تأخر عن التسليم في الوقت المحدد في العقد، أو سلم المبيع ذاته دون ملحقاته، أو تعذر عليه التسليم كأن استملكت السلطة العامة للمبيع قبل تسليمه، أو كان التسليم مقترنا بالضرر أو نحو ذلك مما يترتب عليه للمشتري، فإن البائع يُعد في كل صورة من الصور المذكورة مُخلاً بالتزامه بالتسليم، فعندئذ للمشتري بمُقتضى القواعد العامة اعذار البائع أولا حتى يثبت عليه اخلاله بالتزامه، ثم المطالبة بالتنفيذ العيني مع التعويض ان أمكن ذلك، أو المطالبة بفسخ العقد مع التعويض.

وجدير بالذكر أن الفسخ يكون بحكم المحكمة ولها أن ترفض طلب الفسخ اذا نفّذ البائع الجزء الاكبر من التزامه وتحكُم في هذه الحالة بالتعويض فقط اذا وجد الضرر.[1]

حكم هلاك المبيع قبل التسليم:

من البدهي أن من أهم التزامات البائع تسليم المبيع بالشروط والمواصفات التي أشّرنا اليها في النقاط المذكورة، لكن ما الحكم اذا أصبح تنفيذ الالتزام من الملتزم مستحيلا، كأن هلك محل العقد أو استهلك قبل تسليمه الى المشتري أو من ينوب عنه؟

يمكن تلخيص هذا الجواب في النقاط الآتية: -

اولا: الهلاك قد يكون مادياً كتلف محل العقد كلياً بهلاك أو استهلاك قبل التسليم، وقد يكون معنويا[2] كما في حالات سرقة محل العقد قبل التسليم من شخص مجهول وفي مكان مجهول، وكما في حالة غصبه ممن لا يُمكن استرداده منه.

ففي مثل هذه الحالات يُصبح التنفيذ مستحيلا، اذا لم يكن محل العقد من الاموال المثلية، أما اذا كان مالا مثليا وتوجد نظائره في الاسواق، فالتنفيذ يبقى ممكنا عن

---

[1] ينظر د.كمال قاسم ثروت. شرح أحكام العقد ص ١٦٦.

[2] كما قد يكون كليا أوجزئيا.

طريق البديل، ففي هذه الحالة يبقى المشتري محتفظا بحقه والبائع يبقى التزامه مستمرا.

ثانيا: اذا هلك المبيع بفعل المشتري بصورة مباشرة أو غير مباشرة، يُعتبر قابضا للمبيع والالتزام يُعد منفذا.

ثالثا: اذا هلك محل العقد بفعل أجنبي، يبقى التنفيذ ممكنا بالرجوع على هذا الشخص من البائع أو المشتري أو كليهما وبالتالي يبقى الالتزام قائما.

رابعا: اذا أصبح التنفيذ مستحيلا بالهلاك الكلي لمحل العقد، ينقضي الالتزام بسبب هذه الإستحالة، فلا يُعد عدم التنفيذ اخلالاً به.

خامسا: مصير العقد في حالة استحالة تنفيذه يكون انفساخاً تلقائيا وبقوة القانون وعندئذ يترتب على هذا الانفساخ مايلي: -

أ- زوال العقد وبالتالي زوال آثاره من الحقوق والالتزامات ويُعد العقد كأن لم يكن أصلا.

ب- يكون زوال الآثار بالأثر الرجعي أي من تأريخ ابرام العقد، بشرط أن يكون الانفساخ بقوة قاهرة قبل القبض، سواء كان العقد فوري التنفيذ أو مستمر التنفيذ.

سادسا: على من تقع تبعة هلاك المبيع بعد الانفساخ؟ هل هي على البائع أو على المشتري؟

لم تتفق آراء فقهاء القانون وفقهاء الشريعة على تحديد الطرف الذي يتحمل تبعة هلاك المبيع قبل تسليمه الى المشتري، بل هناك اتجاهان مختلفان كالآتي: -

أ- ذهب اتجاه الى أن تبعة الهلاك تقع على عاتق المشتري، لأنه هو المالك والمال يهلك على مالكه ومن أنصار هذا الاتجاه: -

١- القانون الروماني حيث ذهب الى أن محل العقد (موضوع الالتزام) اذا هلك قبل التسليم يسقط التزام البائع بالتسليم ويبقى التزام المشتري بدفع الثمن قائما.[١]

٢- القانون المدني الفرنسي القائم (م ١١٣٨) وقد تبنى هذا القانون نفس الاتجاه على أساس قاعدة (هلاك المال يكون على صاحبه).

---

[١] ينظر د.أحمد نجيب الهلالي. شرح القانون المدني المصري القديم في العقود١/٢٠٢.

ومن أنصار هذا الاتجاه في الفقه الاسلامي فقهاء الظاهرية على أساس ربط تبعة الهلاك بالملكية لا بالتسليم.[1]

ب- الاتجاه الثاني يذهب الى أن تبعة الهلاك قبل التسليم يكون على البائع المدين، وبه أخذت أكثر القوانين المدنية العربية الحديثة وجمهور فقهاء الشريعة الاسلامية، باستثناء الحالات الاتية: -

١- حالة إعذار المشتري بتسلم المبيع وعدم تسلمه له بدون عذر.[2]

٢- حالة الاتفاق على أن يكون الهلاك بعد العقد وقبل التسليم على المشتري.

٣- حالة اذا ما وضع المشتري اليد على المبيع قبل دفع الثمن بدون اذن البائع.[3]

٤- اذا كان الهلاك من المشتري.[4]

وفي رأينا المتواضع أن العدالة تتطلب توزيع تحمل تبعة الهلاك على العاقدين بالمناصفة.

أما تحمل البائع لنصف تبعة الهلاك رغم تنفيذ التزامه الرئيس وهو نقل الملكية، فانه لم يُنفذ التزامه الثاني وهو التسليم، لأن الملكية قبل التسليم غير كاملة.

وأما تحمل المشتري لنصف تبعات الهلاك، فإنه أصبح مالكا للمبيع في الواقع رغم عدم تمام ملكيته قبل التسليم.

---

[1] ينظر المحلى ٨/٣٧٩بند١٤٢١.

[2] المادة (٥٤٧) المدني العراقي.

[3] المادة (٥٧٨) المدني العراقي. وجدير بالذكر أن هذه الحالة لا تعتبر تسليما لانه تم بدون اذن البائع ورغم ذلك يكون المشتري مسؤولا عن الهلاك.

[4] لمزيد من التفصيل يراجع مؤلفنا نظرية الالتزام برد غير المستحق ص ٦٤وما يليها.

المبحث الرابع
تأثير الاخلال بالالتزام
وتأثر الحيازة بعد التسليم

من ضمانات البيع[1] ما هو معروف بضمان التعرض: -

والتعرض في اللغة: هو التصدي، يُقال تعرض لفلان أي تصدى له.[2]

وفي الاصطلاح القانوني والفقهي: هو تصدي أحد العاقدين لمحل العقد بعد نقل ملكيته وحيازته للعاقد الآخر.

والالتزام بالامتناع عن ذلك يُسمى (ضمان التعرض). وعادة يُعالج القانون والفقه هذا الموضوع في باب البيع، لأنه ام العقود وتسري أحكامه على سائر العقود التي تحدُث فيه نفس الظاهرة (التعرض).

ومن الواضح أن البائع بعد تسليم المبيع الى المشتري يلتزم بأن يوفر له حيازة قانونية هادئة بعيدة عن أي عمل يحول دون الانتفاع الكامل بذلك المبيع.

وعلى هذا الأساس فلا يكفي لبراءة ذمة البائع من التزاماته التعاقدية التي يفرضها عليه القانون بسبب عقد البيع، أن يقوم بالاعمال التمهيدية اللازمة لنقل الملكية وأن يوفي بالتزامه بالتسليم حيث لا يستطيع المشتري أن يُحقق الغرض الذي اشترى المبيع من أجله بمجرد حصوله على الشيء الذي اشتراه وإنتقال ملكيته إليه، بل لابد اضافة الى ذلك من حيازة المشتري له حيازة هادئة يضمن له البائع بقاء ملكية للمبيع في حيازته مع الانتفاع الكامل به.

وبناء على ذلك فان البائع منذ انعقاد العقد يلتزم بعدم التعرض الشخصي للمشتري انطلاقا من قاعدة (من وجب عليه الضمان وجب عليه عدم التعرض). وعملا بمقتضى حُسن النية.

---

[1] وكذا كل عقد تسري عليه أحكام البيع.

[2] مختار الصحاح مادة عرض. وهذا التصدي يطلق عليه فقهاء القانون مصطلح (التعرض)

ومن الواضح أن التعرض كما يكون من شخص البائع، قد يكون من شخص ثالث، ويُطلق على عدم التعرض الشخصي الصادر من البائع (ضمان التعرض)، كما يُسمى عدم التعرض من شخص آخر (ضمان الاستحقاق).

وعلى هذا الاساس توزع دراسة موضوع التعرض في الحالتين على مطلبين يُخصص الاول للاول والثاني للثاني.

المطلب الأول
الإلتزام بعدم التعرض الشخصي
(ضمان التعرض)

وقد عالجت القوانين[1] التزام البائع بالامتناع عن اتيان أي عمل من شأنه عرقلة انتفاع المشتري بالمبيع، وهو التزام سلبي لأن محله عمل سلبي وهو الامتناع، كما عالجت تلك القوانين التزام البائع بأن يدفع كل تعرض قانوني يصدر من الغير من شأنه الادعاء بحق على المبيع وهو التزام ايجابي، لأن محله فعل الدفاع أو الدفع كما يأتي بيانه في المطلب الثاني.

فالبائع ملتزم بمقتضى عقد البيع وبالقوة الملزمة للقانون بالامتناع عن أي عمل سواء كان قانونيا أم ماديا من شأنه أن يحول كُليا أو جُزئيا دون انتفاع المشتري بالمبيع أو يؤدي الى منازعته في ملكية المبيع.

والتعرض كما أشرنا اليه آنفا قد يكون قانونيا وقد يكون مادياً، كما في الايضاح الاتي:

اولا: التعرض القانوني:

وهو كل ادعاء صادر من البائع ضد المشتري بحق قانوني على المبيع في مواجهة المشتري.

ومن تطبيقاته عند فقهاء القانون أن يبيع شخص مالا لا يملكه لآخر، ثم يُصبح مالكا له بطريقة قانونية كالوصية والميراث والشراء ونحو ذلك، فإنه ليس باستطاعته استرداد

---

[1] ومنها قانون المدني العراقي القائم المواد (٥٤٩– ٥٥٧).

المبيع، لأنه ضامن ومن القواعد العامة (من التزم بالضمان امتنع عليه التعرض).
ويُلاحظ أن هذا المثال كرره علماء القانون في شروحهم لعقد البيع.[١]
ومن وجهة نظرنا المتواضع أن هذا المثال لا يصلح لأن يكون من تطبيقات التعرض القانوني، لأن البائع باع ما لا يملك الولاية عليه، فيُعد فضوليا وعقد الفضولي موقوف على إجازة من له ولاية مالية عليه، والموقوف قبل الاجازة لا يترتب عليه الحقوق والالتزامات، فاذا كان الالتزام معدوما فكيف يُنسب الى البائع ضمان التعرض، علما بأن الضمان والالتزام متلازمان اذا لم يكونا مترادفين، فاذا انتفى الالتزام ينتفي الضمان.
لكن قد يُتصور التعرض القانوني في حالات منها حالة تعيين محل العقد بالنوع، فيمتنع البائع عن الافراز، وفي حالة البيع خارج دائرة الشهر العقاري في القانون المصري وامتناع البائع عن التسجيل في هذه الدائرة، وحالة الامتناع عن التسليم في العقود العينية. وقد عالجنا هذه الموضوعات في المباحث السابقة من هذا الفصل.

ثانيا: الالتزام بعدم التعرض المادي:

التعرض المادي: هو أن يتدخل البائع في شؤون المبيع بعد انتقال ملكيته الى المشتري، بأن يكون المبيع مجاورا لملكه كالعقار، فيتجاوز البائع على العقار الذي باعه ونقل ملكيته الى المشتري، وصور هذا التجاوز كثيرة منها أن يُضيف جزءا من العقار المبيع الى عقاره، فيزرع فيه أو يغرس فيه أو يبني عليه بناءً، أو يجعله حقا من حقوق الارتفاق يستخدمه لخدمة عقاره بدون اذن المشتري صاحب العقار، أو يبيع متجره الذي كان بجانب متجر آخر يملكه، ويشترط عليه المشتري أن لا يُنافسه منافسة غير مشروعة ببيع أمثال السلع والبضائع التي يتولى بيعها في متجره، ثم يقوم البائع بالعمل بخلاف مقتضى هذا الشرط.

---

[١] منهم الدكتور سعدون العامري، الوجيز في العقود المسماة(عقدي البيع والايجار) ط١٩٧٤ ص١٣١. الدكتور كمال قاسم ثروت – شرح أحكام عقد البيع ط ١٩٧٦ ص ١٧١. الدكتور جعفر الفضلي – الوجيز في العقود المسماة عقد البيع٢/١٠٧.

ميزات الالتزام بعدم التعرض:

يتميز الالتزام بعدم التعرض بخصائص أهمها ما يأتي:

أ- الالتزام بعدم التعرض التزام غير قابل للتجزئة، لأن محل الالتزام هو الامتناع عن كل عمل يُعرض حيازة المشتري لمحل العقد ويجعلها حيازة غير هادئة، وبالتالي يؤثر كلياً أو جزئياً على انتفاعه بالمبيع.

ب- الالتزام بعدم التعرض التزام مستمر، فلا يحق للبائع في اي وقت مهما طال الزمن ومضى على انعقاد البيع، أن يتعرض للمشتري، ولايتأثر هذا الالتزام بالتقادم المسقط، مادامت أركان العقد وشروطه الموضوعية والشكلية القانونية قد توفرت حين التسليم والتسلم لمحل العقد.

ج- الانتقال الى الخلف: ومن ميزات الالتزام بعدم التعرض انه ينتقل الى الخلف العام (الوارث أو الموصى له) والخلف الخاص (المشتري الثاني والثالث) وهكذا.

جزاء الاخلال بالالتزام بعدم التعرض:

اذا أخلّ البائع بالتزامه بعدم التعرض بأن حصل منه التعرض فعلا وتأثر به الحيازة الهادئة للمشتري، فيترتب على هذا الاخلال جزاء يتمثل في الصور الاتية:-

أ- الغرامة التهديدية يحكم بها القاضي لمنع البائع من التمادي في تعرضه المادي.

ب- اغلاق المحل التجاري الذي يقوم صاحبه بالمنافسة غير المشروعة للتاجر المجاور الذي اشترى منه متجره.

وعلى سبيل المثل اذا باع شخص محلا تجاريا مجاورا لمحله التجاري، واشترط عليه المشتري عدم منافسته منافسة غير مشروعة، كبيع مثل المواد التي يبيعها المشتري في محله، فيحكم عليه بغلق محله التجاري اذا تمادى في المنافسة غير المشروعة.

ج- التعويض اذا ترتب على التعرض المادي ضرر يلحق بالمشتري أو يُقلل من الانتفاع بمحل العقد، يحكم عليه بتعويض هذا الضرر بناءً على طلب المضرور مع رعاية حجم الضرر.

د- هدم المستحدثات اذا أنشأ البائع مستحدثات في العقار الذي أصبح ملكا للمشتري بعد البيع، يكون له الحق في هدم هذه المستحدثات عن طريق القضاء. ولا يُشترط اذن البائع لأنه معتد فترفع آثار اعتدائه.

المطلب الثاني
تأثير فعل الاخلال بالالتزام بعد التسليم

الالتزام بعدم التعرض القانوني لا يكون شخصيا دائما، كما هو كذلك في التعرض المادي، وانما قد يكون من شخص ثالث يطالب بحقه القانوني على المبيع كلياً أو جزئياً، وقد عالجه فقهاء الشريعة والقانون[١] تحت عنوان ضمان الاستحقاق.

وجدير بالذكر أن الالتزام بدفع من يدعي حقا على المبيع وضمان الاستحقاق وضمان الدرك وضمان التعرض وتحمل تبعات الاستحقاق، كلها ألفاظ مترادفة تستهدف معنىً واحداً وهو وفاء البائع بالتزامه تجاه المشتري في كل تعرض يأتي من شخص ثالث، واخلاله بهذا الالتزام فعل مؤثر تتأثر به مصلحة المشتري.

والضمان كما ذكرنا في هذا المقام يُرادف الالتزام.

والاستحقاق في اللغة ورد بعدة معان منها (الطلب)[٢] والصيورة (التحول)[٣] والسؤال[٤] وأقربها الى المعنى الاصطلاحي هو المعنى الاول، فيقال استحقه أي طلب منه حقه.

وفي الاصطلاح عُرِّف الاستحقاق بعدة معان منها: ظهور كون الشيء حقا واجبا للغير، ومنها دفع ملك شيء بثبوت ملكٍ قبله بغير عوض.

أركان الاستحقاق:

أركان الاستحقاق أربعة وهي: -

١- المستحِق(بكسرالحاء): وهو المدعي بحقه في المبيع لدى المشتري.

٢- المستحَق(بفتح الحاء): وهو المبيع كلياً أو جزئياً أو الحق المقرر عليه.

٣- المستحق عليه (المأخوذ منه): هو المشتري.

٤- ضمان الاستحقاق: وهو البائع في عقد البيع مثلا.

---

[١] من القوانين التي عالجت الموضوع القانون المدني العراقي القائم في المواد (٥٥٠- ٥٥٧).

[٢] مثل استحقه أي طلب حقه.

[٣] مثل استحجر الطين أي صار حجرا.

[٤] مثل استخبره أي سأله الخبر.

شروط الاستحقاق الكلي أو الجزئي:

يُشترط لتحقق الاثار على ضمان الاستحقاق شروط أهمها: -

١- انذار المشتري: أي على المدعي (المستحق) توجيه الانذار أولا الى المشتري يطلب منه المبيع كله أو بعضه، أو يطلب حقاً مقرراً عليه ليرده له باختياره قبل اللجوء الى القضاء، استبعادا للخصومة وتوفيرا للمصاريف وحفظاً للمودة.

٢- يمين الاستظهار: وهو أن يحلف المستحق بأنه ما باعه ولا وهبه ولا تصدق به ولا خرج من ملكه بأي وجه من الوجوه.

٣- اقامة البينة على الاستحقاق، فإذا ثبت باقرار المستحق عليه (المشتري) أو نكوله عن اليمين، فلا يحق له الرجوع على البائع ولا على المستحق بالثمن والتعويضات عند بعض الفقهاء[1] الذي تأثر به المشرع العراقي.[2]

٤- الشهادة على وجود المال المستحق (المبيع) وتحديده كما وكيفاً، فعلى القاضي ارسال عدلين مع شهود اثبات الاستحقاق للتأكد من طبيعة المال المستحق وتحديده وتشخيصه وفق ما هو موجود عليه في الواقع.

٥- أن يكون سبب الاستحقاق سابقا على انتقال الملكية (ملكية المبيع) الى المشتري، واذا حدث بعده فلا ضمان على البائع مطلقا، وعلى سبيل المثل من اشترى داراً ثم انتزعت ملكيتها من قبل الدولة لرعاية المصلحة العامة، فالبائع غير مسؤول عن ذلك.

٦- أن لا يكون المشتري عالما بعدم صحة ملك البائع وصحة الاستحقاق والا فلا يحق له الرجوع على البائع، اذا علم مقدما أن البائع غير صادق في أن الملك له.

ويلاحظ على بعض من الشروط المذكورة أنها شروط غير منطقية يرفضها المنطق القانوني كما في الايضاح الاتي: -

أ- ان الانذار لا يُعد من شروط صحة رجوع للمشتري على البائع، اذا ظهر استحقاق المبيع وثبت الاستحقاق بالادلة المقبولة، لأن سبب الرجوع قائم سواء أحصل الانذار أم لم يحصل.

---

[1] كالحنفية.

[2] حيث نصت المادة (١/٥٥١) على أنه (لايرجع المشتري بالضمان اذا لم يثبت الاستحقاق الا باقراره أونكوله).

ب- للمشتري حق الرجوع على البائع بالثمن والتعويض، سواء أكان ثبوت الاستحقاق بالبينة أو الاقرار أو النكول، ما لم يثبت سوء نية المشتري وتواطؤه مع المدعي (المستحق).

ج- علم المشتري بالاستحقاق لا يمنع الرجوع، فعلم المشتري بكون المبيع غير مملوك للبائع لا يمنع رجوعه بالثمن على البائع عند استحقاق المبيع، بل البائع ملزم برد الثمن في حالة اثبات الاستحقاق من قبل المستحق وعدم رد الثمن من البائع بعد الحكم للمستحق بما يدعيه بعد اخلاله بالتزامه، ولانه من باب الاثراء بلا سبب.

أنواع الاستحقاق:

الاستحقاق نوعان من حيث الكمية، كلي وجزئي: -

أولا: الاستحقاق الكلي: هو ظهور كون العين المبيعة ملكا لشخص ثالث، كمال مسروق باعه السارق أو غيره لمن تلقى ملكيته منه، وكمال مغصوب باعه الغاصب أو غيره فاقام المالك الحقيقي الدعوى على المشتري طالبا استرداد المبيع المسروق أو المغصوب أو نحو ذلك من المشتري. ففي مثل هذه الصور يكون الاستحقاق كلياً، لأن المبيع بكامله تعود ملكيته الى المدعي (المستحق) اذا ثبت ذلك بالادلة المقبولة.

ثانيا: الاستحقاق الجزئي: هو ظهور بعض المبيع أو ظهور حق مقرر عليه مستحقا لشخص ثالث. وعلى سبيل المثل اذا باع الشريك في مال شائع مشترك حصته وحصة شريكه الاخر بدون نيابة عنه، فاقام الشريك دعوى الاستحقاق على المشتري، يكون الاستحقاق هنا جزئيا. وكذا اذا باع أحد الورثة نصيبه ونصيب غيره قبل تقسيم التركة بدون نيابة.

ومن الاستحقاق الجزئي أيضا حق الدائن المرتهن على المال المرهون الذي باعه المدين الراهن بدون اذن منه وقبل وفاء الدين، وكحق الارتفاق على العقار المبيع الذي لم يكن ظاهرا وقت ابرام العقد ولم يكشفه البائع ونحو ذلك من الحقوق المالية المقررة على المبيع، فاشتراه المشتري وهو مثقل بهذه الحقوق.

التزامات البائع في ضمان الاستحقاق:

أ- يلتزم البائع بدفع ادعاء الغير حقا على المبيع بجميع الإجراءات القانونية التي يستطيع اللجوء اليها، سواء أكان ادعاء الغير يتناول ملكية المبيع كلا أم جزءً أم

حقا عينيا(كالرهن) أم شخصيا (كالاجارة)، فاذا ردّ هذه الدعوى يكون منفذا لالتزامه والا فيُعد مخلا به يترتب عليه جزاءٌ يقرره القانون أو القواعد العامة.

ب- اذا حكم للمستحق بما يدعيه، يلتزم البائع تجاه المشتري بالتزامات تختلف حسب حسن النية (بأن لم يعلم وقت التعاقد أو قبل القبض بأن المبيع مستحق للغير كليا أو جزئيا). وسوء نيته بأن كان يعلم ما ذكر كالاتي: -

أولا: اذا كان البائع حسن النية يلتزم بالتزامات الاتية: -

١- رد الثمن بكامله الذي قبضه من المشتري سواء نقصت قيمة المبيع أو زادت.

٢- قيمة الثمار التي التزم المشتري بدفعها للمستحقين.

٣- المصروفات النافعة التي صرفها على المبيع.

٤- مصروفات دعوى الاستحقاق (الدعوى التي رفعها الغير على المشتري لاثبات الحق الذي يدعيه على المبيع كالرسوم وأجور المحاماة ونحوهما) باعتباره خصما في الدعوى التي خسرها تجاه المستحق الذي حُكم له بالاستحقاق، فانه يلزم بكافة مصاريف تلك الدعوى باعتباره الطرف الخاسر فيها.

وكذلك يرجع المشتري بنفقات الدعوى التي أقامها هو على البائع (دعوى الضمان) التي يُقيمها بعد الحكم باستحقاق الغير للمبيع، فمصروفات دعوى الضمان هذه يرجع بها المشتري على البائع ويلتزم البائع بدفعها له.

ثانيا: اذا كان البائع سيء النية:

بأن يعلم وقت ابرام العقد أن المبيع مستحق للغير فيكون في هذه الحالة سيء النية ويلتزم بكل ما يلتزم برده البائع حسن النية، بالاضافة الى ما زاد من قيمة المبيع عن الثمن والمصروفات الكمالية والتعويض عن كل ضرر آخر وعن ما فاته من كسب وما لحقه من خسارة.[1]

آثار تأثير الاخلال اثناء التعاقد وتأثر الرضى وأثرهما:

وما ذكرناه من الجزاءات آثار لتأثير التعرض من البائع أو من شخص ثالث وتأثر حيازة المشتري بعد التسليم على أساس الفعل والإنفعال الفلسفيين.

---

[1] المادة (٥٥٤) المدني العراقي القائم... د.كمال قاسم ثروت – المرجع السابق ص ١٨٨وما يليها

الفصل الرابع

تأثير جرائم الخداع والغش وتأثر المصالح العامة

المقدمة

الخداع والغش من الامور المنافية للانسانية والفضيلة ومن الوسائل المهدرة للثقة والامانة وحسن النية في المعاملات المالية في مجال شرف التعامل، ومن المظاهر السيئة التي تزداد طرديا يوما بعد يوم مع تزايد تطور وسائل الاحتيال واستخدام الطرق المضللة، بعد أن تغلبت نزعة للماديات على نزعة المعنويات، وسادت الرذيلة وغابت الفضيلة، وسيطرت التغذية البدنية على التغذية الروحية، وأخذت منزلة الانسان تميل الى المستوى الحيواني، بحيث أصبح يعيش ليأكل رغم أنه خُلق ليأكل ويعيش لأداء رسالته التي سماها الدستور الالهي (الامانة)، وهي كل ما يجب على الانسان أن يؤديه لمصلحة نفسه وغيره، كما صرح بذلك قوله تعالى: ﴿إِنَّا عَرَضْنَا الأَمَانَةَ عَلَى السَّمَاوَاتِ وَالأَرْضِ وَالْجِبَالِ فَأَبَيْنَ أَنْ يَحْمِلْنَهَا وَأَشْفَقْنَ مِنْهَا وَحَمَلَهَا الإِنْسَانُ إِنَّهُ كَانَ ظَلُومًا جَهُولاً﴾.[1]

وهذا من أبلغ وأروع ما يتصوره الانسان من التصوير الالهي للامانة، بانها مسؤولية لو فرض وجود العقل للسموات والارض والجبال وكلفت هذه الكائنات القوية في طبيعتها والثقيلة في وزنها والواسعة في امتدادها بتحمل هذه الامانة، لأبين إباء اعتذار لا تمرد أن يحملنها خوفا من خطورة مسؤوليتها وخشية من نتائج الخيانة في هذه الامانة، وحملها الانسان وهو أضعف موجود يعيش في كنف تلك الكائنات، لما

---

[1] سورة الاحزاب /٧٢.

يتميز بها منها من نعمة العقل التي يتمتع بها وحده وهو ظلوم[١] لنفسه وللبشرية جمعاء حين يخون هذه الامانة، وجهول[٢] لا يعرف النتائج السلبية التي تترتب على هذه الخيانة. والتي تنعكس آثارها الخطيرة عليه وعلى المجتمع الذي يعيش بينهم من المضرة والمفسدة.

وتأتي في مقدمة الجرائم التي تُرتكب من قبل الانسان جرائم الخداع والتدليس والغش. وللوقاية من هذه الجرائم وأمثالها كُلف الانسان في الرسالات الالهية بعبادات من الصلاة والصيام والزكاة والحج ونحوها، التي من ثمرتها لو أوديت بصورة صحيحة لكوّنت طاقة روحية تُراقب العامل في معمله والفلاح في مزرعته والمعلم في مدرسته والموظف في مقر عمله والام في بيتها والسلطة حين ممارسة مسؤولياتها، حتى يحاسب الانسان نفسه بنفسه ويكون خصما وحكما في وقت واحد قبل أن يُحاسبه غيره.

كما اهتمت القوانين الوضعية بمكافحة تلك الجرائم بالطرق العلاجية وهي العقوبات المقررة لها. ومن الصور الرئيسة للجرائم الاقتصادية والصحية جريمة الخداع في التعاقد، وجريمة الغش واستيراد الاغذية والادوية المغشوشة أو الفاسدة، وجريمة حيازتها.

وحرصا منا على زيادة الفائدة والايضاح توزع دراسة هذه الانواع الاربعة من الجرائم على أربعة مباحث، يُخصص لكل نوع مبحث مستقل.

وجدير بالذكر أن هذا الفصل الأخير يتناول موضوع الجرائم وبحثها ضمن الباب الثالث في المسؤولية المدنية مبني على أن هذه الجرائم ذات صلة وثيقة بالمعاملات المالية، أي انها من جرائم الأموال.

---

[١] صيغة مبالغة ظالم.

[٢] صيغة مبالغة جاهل.

المبحث الأول

تأثير جريمة الخداع وتأثر المصلحة

جريمة الخداع في التعاقد عبارة عن بيان الشيء بما يُخالف واقعه الموجود خارج ذهن المخادع والمنخدع من المتعاقدين لغرض كسب الاول ربحا غير مشروع على حساب خسارة الثاني.

وهذه الجريمة من حيث تأثيرها من أحد العاقدين وتأثر مصلحة الاخر يندرجان تحت موضوع الفعل والانفعال الفلسفيين. ومن الواضح أن لارتكاب جريمة الخداع طرقا متعددة متطورة في هذا العصر، بسبب تطور الاساليب والطرق الاحتيالية المضللة ومن أهم صورها:

أ- الاختلاف في ذاتية محل العقد بأن يتم التعاقد على غير ما يتم تسليمه وتسلمه، كأن يبيع البائع للمشتري بضاعة ويُسلمه بضاعة اخرى وهما مختلفتان من حيث الذات والماهية.

ب- الاختلاف في الصفة الجوهرية أو فيما تحتويه السلعة من عناصر غير نافعة داخلة في تركيبها.

ج- الاختلاف في نوعها أو منشئها أو أصلها أو مصدرها، كما في حالات التزييف وتقليد العناوين والماركات التجارية، كأن يكتب على وعاء السلعة أنها يابانية مثلا وهي في الواقع من صناعة صينية مثلا.

د- الاختلاف في العدد في المعدودات والمقدار في الكميات والقياس في المقيسات والوزن في الموزونات ونحو ذلك.

أركان جريمة الخداع :

ومن الواضح أن جميع الجرائم تشترك في أن قيامها من حيث كونها جريمة تامة يتوقف على ثلاثة أركان رئيسة عامة وهي:

١- الركن المادي: وهو عبارة عن ماديات الجريمة أي المظهر الذي تبرز به الى العالم الخارجي.

ويقوم الركن المادي عادة على ثلاثة عناصر: -

أ- الفعل: وهو النشاط الايجابي أو الموقف السلبي الذي يُنسب الى الجاني.

ب- النتيجة: وهي الاثر الخارجي الذي يتمثل فيه الاعتداء على حق يحميه القانون.

ج- علاقة السببية: وهي الرابطة التي تصل ما بين الفعل والنتيجة، بحيث تدل على أن حدوث النتيجة يرجع الى ارتكاب الفعل الجرمي من الجاني.

٢- الركن الشرعي: وهي الصفة غير المشروعة للفعل التي يكتسبها اذا تحقق هذان العنصران: -

أ- خضوعه لنص تجريم يُقرر فيه القانون عقابا لمن يرتكبه على أساس قاعدة (لا جريمة ولا عقوبة الا بنص).

ب- عدم خضوعه لسبب من أسباب الاباحة كما في حالة الدفاع الشرعي، لأن انتفاء هذا السبب شرط أساس ليظل الفعل محتفظا بصفته الجرمية التي اكتسبها من نص التجريم.

٣- الركن المعنوي: وهوالارادة الاثمة[1] التي تقترن بالفعل (الركن المادي). سواء اتخذت صورة القصد الجنائي كما في الجريمة العمدية أو صورة الخطأ كما في الجريمة غير العمدية.[2] ومن الواضح أن الجرائم الاربع التي نتناول دراستها في هذا الفصل كلها من الجرائم العمدية (القصدية).

فمن هذه الحيثية (توافر الاركان العامة) تكون ماهية جنس الجريمة واحدة وهي (كل محظور معاقب عليه قانونا أو شرعا). وتندرج تحت هذا الجنس جميع أنواع الجرائم المختلفة في حقائقها وماهياتها، لأن ماهية كل نوع تتكون من ذلك الجنس المشترك والفصل المميز له من سائر أنواع الجرائم.

---

[1] الارادة نشاط نفسي يتجه الى تحقيق غرض عن طريق وسيلة معينة وهي ظاهرة نفسية وقوة يستعين بها الانسان للتأثيرعلى مايحيط به من أشياء وأشخاص، وهي المحرك لانواع السلوك ذات طبيعة مادية تحدث في العالم الخارجي من الاثار المادية والنفسية لاشباع المستلزمات الحاجية.

وبتعبير آخر الارادة نشاط نفسي يصدر عن وعي وادراك فيفترض علما بالغرض المستهدف وبالوسيلة التي يستعان بها لبلوغ هذا الغرض غير المشروع.

ينظرالاستاذ محسن فؤاد فرج – جرائم الفكروالرأي والنشر ط ١٩٨٧ص ٣٠٣.

[2] الدكتور محمود نجيب حسني : الموجزفي شرح قانون العقوبات /القسم العام ص ٢٤.

ومن الواضح أن الاركان الخاصة لجريمة الخداع ثلاثة وهي: -

١- الركن المادي: وهو عبارة عن عملية استخدام الطرق الاحتيالية المضللة الصادرة من أحد العاقدين، بحيث تكون مؤثرة في اخداع العاقد الاخر تأثيها يدفعه الى الاقدام على ابرام العقد معه، كما في احدى الطرق أو (الصور) الاربع المذكورة من الاختلافات في الفقرات الاربع آنفة الذكر.

٢- الركن الشرعي: وهو كل نص قانوني تولى تجريم الخداع وحدد له عقوبة خاصة بدنية أو مالية على أساس قاعدة (لا جريمة ولا عقوبة الا بنص).

٣- الركن المعنوي: وهو قصد تحقيق غاية غير مشروعة من المتعاقد المخادع ممثلة بكسب ربح أو (مكسب مالي) على حساب ضرر الطرف الاخر المنخدع.

فالتأثير والتأثر يكونان بين المخادع والمنخدع بصورة مباشرة وبين فعل الاول الجرمي ومصلحة اقتصادية للثاني بوجه غير مباشر، وهما من باب الفعل والانفعال الفلسفيين.

الآثار المترتبة على عمليتي التأثير والتأثر:

الأثر لهذه الجريمة هو عقوبة بدنية (كالحبس) أو مالية (كالغرامة) أو كلتا العقوبتين حسب حجم الجريمة وخطورة الجاني على المجتمع، بالاضافة الى تعويض الضرر الذي أصاب المنخدع.

ومن تطبيقات عقوبات جريمة الخداع ما جاء في المادة الاولى من القانون الجزائي المصري المرقم (٢٨١) لسنة ١٩٩٤ - الذي هو أحدث قانون في البلاد العربية حسب ما أعلم- عالج هذا الموضوع كالاتي: -

(تكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن سنة ولا تجاوز خمس سنوات، وبغرامة لا تقل عن عشرة آلاف جُنيه ولا تجاوز ثلاثين ألف جُنيه، أو ما يعادل قيمة السلعة موضوع الجريمة أيهما أكبر، أو بإحدى هاتين العقوبتين، اذا ارتكب الجريمة المشار اليها في الفقرة السابقة (جريمة الخداع) أو شرع في ارتكابها باستعمال موازين أو مقاييس أو مكاييل أو دمغات أو آلات فحص اخرى مزيفة أو مختلفة، أو باستعمال طرق أو وسائل أو مستندات من شأنها جعل عملية وزن البضاعة أو قياسها أو كيلها أو فحصها غير صحيحة).[1]

هذا بالاضافة الى العقوبات التكميلية الوجوبية المقررة للجريمة بمقتضى القانون المذكور

---

[1] الجريدة الرسمية – العدد (٥٢) في ٢٩/ديسمبر/١٩٩٤.

وهي المصادرة والنشر في جريدتين أو بلصقة في[1] الامكنة التي تعينها المحكمة لمدة لا تتجاوز سبعة أيام على نفقة المحكوم عليه، ومن العقوبات التكميلية الحرمان من بعض الحقوق والمزايا كالحقوق والمزايا الاتية: -

١- تولي بعض الوظائف والخدمات العامة.　　　٢- حمل أوسمة وطنية أو أجنبية.

٣- حمل السلاح.[2]

ويلاحظ أن القانون المصري المذكور آنفا لم يُفرق في العقوبة المقررة لجريمة الخداع بين الجريمة التامة والشروع.

طبيعة جريمة الخداع:

أ- جريمة الخداع ذات طبيعة مزدوجة، فهي من حيث أنها اعتداء على حق خاص للمتعاقد المعتدي عليه، لها صفة مدنية فيكون الجزاء تعويضا ماليا عن الضرر الذي اصاب المتعاقد المنخدع.

كما لها صفة جزائية من حيث أن المتعاقد المخادع خالف نص تجريم الخداع الذي قرر له عقوبة بدنية أو مالية أو كلتيهما كما ذكرنا.

ب- ومن حيث عنصر الزمن جريمة وقتية تنتهي في الزمن الذي تُرتكب فيه هذه الجريمة وتنتهي من الناحية العملية بعد ذلك، سواء أكانت شروعا أم جريمة تامة.

ج- ومن حيث الركن المادي جريمة ايجابية ترتكب بالقول .

د- ومن حيث العقوبة جريمة تعزيرية في الشريعة الإسلامية، لأن الشرع الاسلامي نصّ على تجريمها وترك تحديد عقوبتها لولي الامر، فقال سبحانه وتعالى: ﴿يُخَادِعُونَ اللَّهَ وَالَّذِينَ آمَنُوا وَمَا يَخْدَعُونَ إِلاَّ أَنفُسَهُمْ وَمَا يَشْعُرُونَ...﴾.[3]

ومن الواضح أن لولي الامر في الاسلام تشريع العقوبات التعزيرية للجرائم التي نص عليها الشرع في القرآن الكريم أو السنة النبوية، ولم يحدد لها العقوبة الدنيوية كما في جريمة الخداع.

---

[1] المحامي بالنقض ابراهيم المنجي – جرائم التدليس والغش ط ١٩٩٧ص ٧٨.

[2] المادة (١٠٠) من قانون عقوبات العراقي القائم رقم ١١١لسنة ١٩٦٩.

[3] سورة البقرة /٩.

المبحث الثاني
تأثير الغش وتأثر المصلحة العامة

الغش: كل فعل من شأنه أن يغير من طبيعة أو خواص أو فوائد المواد التي دخل عليها عمل الفاعل بأية وسيلة كانت.[١]

فقد يتم الغش بادخال مواد أقل قيمة مكان اخرى أعلى منها فيما يراد ادخال الغش عليه، أو بانقاص بعض مواده، أو باضافة مواد اخرى عليه تزيد من كميته وتقلل من مفعوله، ومن الواضح أن الغشاشين في هذا العصر يتفننون في ارتكاب هذه الجريمة بسبب تطور وسائل الغش وذلك لتحقيق أغراضهم الاقتصادية الشخصية للحصول على أرباح باهظة بطريقة غير مشروعة.

اركان الغش:

الاركان الخاصة للغش ثلاثة: -

١- الركن المادي: وهو استعمال وسائل تغيير طبيعة أو خواص أو فوائد المادة.

٢- الركن المعنوي: وهو القصد الجنائي المثل بقصد الوصول الى مصلحة غير مشروعة.

٣- الركن الشرعي: وهو نص التجريم والعقاب بناء على مبدأ (لا جريمة ولا عقوبة الا بنص).

طبيعة جريمة الغش:

أ- من حيث التنظيم القانوني: تُكيف جريمة الغش بأنها من جرائم القانون العام، لأن نشاط الجاني فيها إخلال بالنظام العام للمجتمع واعتداء على مصالحها التي يحميها القانون.

ب- من حيث الهدف: جريمة عادية لتجرد النشاط من كل عامل سياسي، فهي جريمة

---

[١] د.حسن صادق المرصفاوي – شرح قانون العقوبات الخاص ط ١٩٧٨ ص ٦٩٨.

تستهدف تحقيق أغراض مادية خاصة.

ج- من حيث عنصر الوقت: تُكيف بأنها جريمة مستمرة حسب نوعية الغش وطبيعته.

د- من حيث الحق المعتدى عليه: تُكيف بأنها جريمة خاصة اذا كان الحق المعتدى عليه خاصا بالافراد وهذا الجانب هو الغالب في جريمة الغش.

والى جانب ذلك قد يكون الغش مضرا بالمصلحة العامة واعتداءً على حق المجتمع. وهي بهذا الاعتبار تعد من الجرائم العامة.

هـ- ومن حيث وجهة نظر الشريعة الاسلامية: تُكيف بأنها جريمة دينية نص الرسول ﷺ على تجريمها في كثير من أقواله، منها قوله: (من حمل علينا السلاح فليس منا ومن غشنا فليس منا). [1] ويُفهم من هذا الحديث الشريف أن الغشاش حين غشه يُعد خارجا عن الاسلام.

الاغذية المضرة بالمصلحة العامة:

تعد الاغذية المغشوشة مضرة بالصحة العامة اضافة الى ضرر الجانب الاقتصادي في الحالات الاتية: -

١- اذا كانت ملوثة بميكروبات أو طفيليات أو اشعاعات من شأنها احداث المرض بالانسان.

٢- اذا كانت تحتوي على مواد سامة تحدث ضررا بصحة الانسان.

٣- اذا تداولها مريض مصاب بأحد الامراض المعدية التي تنتقل عدواها الى الانسان عن طريق الغذاء أو الشراب أو حامل الميكروب وكانت هذه عرضة للتلوث.

٤- اذا كانت ناتجة عن حيوان مريض مصاب بأحد الامراض المعدية التي من شأنها أن تنتقل الى الغير.

٥- اذا امتزجت بالاتربة أو الشوائب بنسبة تزيد على النسب المقررة أو يستحيل في هذه الحالة تنقيتها منها.

٦- اذا احتوت على مواد ملوثة.

٧- اذا كانت عبواتها أو لفائفها تحتوي على مواد ضارة بالصحة. [2]

---

[1] صحيح مسلم – باب الايمان ٦٩/١.

[2] القانون المصري لمراقبة الاغذية وتنظيم تداولها رقم (١٠) لسنة ١٩٦٦.

الاموال المغشوشة:

تعتبر الاموال مغشوشة في الاحوال الاتية: -

١- اذا كانت غير مطابقة للمواصفات المقررة.

٢- اذا خلطت أو مزجت بمادة اخرى تغير من طبيعتها أو جودة صنعها.

٣- اذا استعيض جزئيا أو كليا عن احدى المواد الداخلة في تركيبها بمادة اخرى تقل عنها جودة.

٤- اذا نُزع جزئيا أو كليا أحد عناصرها.

٥- اذا قصد اخفاء فسادها أو تلفها بأية طريقة من طرق الاخفاء.

٦- اذا احتوت على مادة ملوثة.

٧- اذا احتوت جزئيا أو كليا على عناصر غذائية فاسدة نباتية أو حيوانية.

٨- اذا كانت البيانات الموجودة على عبواتها تخالف حقيقة تركيبها مما يؤدي الى خداع المستهلك أو الاضرار بصحة الناس.[1]

ويعد الغش ضارا بالصحة العامة اذا كانت المواد (مغشوشة أو ضارة بصحة الانسان).

الآثار المترتبة على تأثير الغش وتأثر المصلحة:

يترتب على تأثير جريمة الغش وتأثر المصلحة الاقتصادية أو الصحية على أساس الفعل والإنفعال الفلسفيين، آثار منها جزائية تتمثل بعقاب جزائي يختلف باختلاف القوانين التي عالجت جريمة الغش، ومنها مدنية تتمثل في تعويض يقدر في ضوء حجم الضرر.

ومن القوانين التي عالجت موضوع جزاء جريمة الغش قانون رقم (٢٨١) لسنة (١٩٩٤) المذكور سابقا في مادته الثانية التي نصت على أنه (يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنة ولا تجاوز خمس سنوات، وبغرامة لا تقل عن عشرة آلاف جنيه مصري ولا تجاوز ثلاثين ألف جُنيه، أو ما يعادل قيمة السلعة موضوع الجريمة أيهما أكبر. كل من غش أو شرع في أن يغش شيئا من أغذية الانسان أو الحيوان أو من العقاقير أو النباتات الطبية أو الادوية أو من الحاصلات الزراعية والمنتجات الطبيعية أو الصناعية أو غيرها مما عُدَّ للبيع).

---

[1] المرجع السابق.

وكل من طرح أو عرض للبيع أو باع شيئا من هذه الاغذية أو العقاقير أو النباتات الطبية أو الحاصلات أو منتجات مغشوشة معدا ذلك الشيء للبيع.

أو باع شيئا من هذه الاغذية أو العقاقير أو النباتات الطبية أو الادوية الطبية أو الحاصلات أو منتجات مغشوشة كانت أم فاسدة أو انتهي تأريخ صلاحيتها مع علمه بذلك).[١]

ويجوز للمحكمة أن تقضي بغلق المؤسسة المنتجة مدة لا تتجاوز سنة أو يحكم بالغائها.[٢]

المبحث الثالث
تأثير جريمة استيراد الاغذية المغشوشة
وتأثر المصلحة العامة

من الواضح أن الدولة في البلاد العالم هي التي تتولى غالباً استيراد مستلزمات حياة شعبها من الدول الاخرى في المواد التي لا يكون لها الاكتفاء الذاتي في الداخل.

لكن استثناءً من هذا الاصل قد تُبيح الدولة بعض أنواع النشاط التجاري، إباحة مطلقة أو مقيدة، كالاستيراد لبعض مستلزمات المجتمع وهي متوفرة في بلد المستورد منه، شريطة أن لا تمس هذه الصلاحية مصلحة عامة أو خاصة، على الصعيدين الصحي والاقتصادي.

جريمة استيراد الاغذية المغشوشة:

يُمكن أن تُعرف هذه الجريمة بأنها خطر استيراد شيء من الحاجيات على الفرد أو المجتمع من الناحية الصحية أو الاقتصادية.

أركان جريمة استيراد المواد المغشوشة:

تقوم هذه الجريمة على ثلاثة أركان خاصة، اضافة الى أركانها العامة، وهي: -

---

١ نقلا عن استاذ ابراهيم المنجي – المرجع السابق ص ٢٢٣ ومايليها.

٢ المرجع السابق. ص ٢٢٣.

١- الركن المادي: وهو نشاط مادي جُرمي يتكون من فعل ايجابي يتمثل في القيام بعمل ينهى عنه القانون، وهو فعل الاستيراد للاغذية المغشوشة المحظورة واجتياز الحدود السياسية للبلاد اجتيازا ماديا.

وجدير بالذكر أن استيراد المواد المغشوشة المستوردة من نطاق الدائرة الكمركية قبل دخولها البلد تُعد أنها لا تزال في مرحلة الشروع في جريمة الاستيراد.

٢- الركن المعنوي: وهو علم الجاني بكون الاغذية المستوردة مغشوشة ورغم ذلك يرتكب هذه الجريمة بقصد كسب ربح باهظ ناتج من الفرق بين كون تلك الاغذية المستوردة سليمة وبين كونها مغشوشة.

٣- الركن الشرعي: وهو عبارة عن النصوص القانونية القائمة التي تُجرم استيراد الاغذية المغشوشة المُضرة بالمصلحة الصحية العامة، أو بالاقتصاد الوطني العام، وتحدد لها عقوبة سالبة للحرية (كالحبس) أو عقوبة مالية (كالغرامة)، بالإضافة الى مصادرة السلعة وإتلافها.

التكييف القانوني لاستيراد الاغذية والادوية المغشوشة:

يختلف هذا التكييف باختلاف الحيثيات الاتية: -

أ- من حيث ركنها المادي، جريمة إيجابية لأن نشاط الجاني فيها يتكون من فعل ايجابي يتمثل في قيامه بعمل ينهي عنه القانون وهو فعل الاستيراد للاغذية المغشوشة أو الادوية الفاسدة المحظورة.

ب- من حيث طبيعة الجريمة، هي من الجرائم الفعلية، اذ لا تتم الا بالفعل، لأن الجاني يقوم بفعل الاستيراد واجتياز الحدود السياسية للبلاد اجتيازا ماديا.

ج- من حيث المقصود، جريمة عمدية اعتبارا من وقت علمه بأن المستورد مغشوش أو انتهى مفعوله.

د- من حيث الحق المعتدى عليه، من الجرائم العامة تضر بمصلحة المجتمع.

هـ- من حيث الاهداف، جريمة عادية وليست سياسية، لأن الغرض من ارتكابها هو الحصول على فائدة مادية.

و- من حيث حجم العقوبة، هي من جرائم الجنح.

الرقابة على السلع المستوردة:

من الضروري أن تُشكل الدولة لجاناً خاصة تتولى مهمة الرقابة على السلع والادوية المستوردة في الحدود البرية والمائية (موانيء الوصول) والجوية (المطارات)، على أن يتمثل في هذه اللجان المنتدبون عن وزارة الصحة والزراعة والاعمار والتموين والتجارة ونحوها من الوزارات ذات الصلة، للقيام بمهمة الرقابة على الواردات وفق قوانين المصالح الكمركية، على أن يكون لاصحاب الشأن أو من يُمثلهم ولمندوبي شركات التأمين المختصة حضور الأعمال ذات العلاقة.

واجبات لجان الرقابة:

هذه الواجبات عادة تُحدد بالقانون ومن أهمها: -

١- فحص وتحليل العينات المأخوذة من رسائل ومستندات المواد المستوردة.

٢- التأكد من سلامة المستندات والشهادات الصحية والبيطرية وغيرها من المستمسكات المصاحبة لها.

٣- سجلات رسمية يثبت فيها ما تم من فحص ظاهري، والتأكد من المطابقة بين تلك العينات والمواد المستوردة من حيث الذات والنوع والمواصفات.

آثار تأثير جريمة استيراد المواد المغشوشة وتأثر المصلحة العامة:

يترتب على التأثير والتأثر الفلسفيين في هذا المجال آثار منها شخصية ومنها موضوعية: -

أ- من الاثار الشخصية البدنية: العقوبة السالبة للحرية كالسجن والحبس والعقوبات المالية (الغرامة).

ب- من الاثار الموضوعية: -

١- اتلاف المواد المغشوشة المستوردة بالحرق أو نحوه.

٢- غلق المحلات التجارية التي يتولى أصحابها الاستيراد لمدة محددة أو بصورة نهائية.

٣- ابطال وسحب الاجازات الرسمية التي مُنحت سابقا للمستوردين من التجار وغيرهم.

المبحث الرابع

جريمة حيازة المواد المغشوشة

لغرض غير مشروع

الحيازة غير المشروعة: هي وضع مادي يُسيطر به الشخص سيطرة فعلية على شيء معين تتوفر فيه ظاهرة الغش أياً كانت طبيعته، سواء كانت من المواد الغذائية أو الادوية الصحية أو المخدرات أو المواد الانشائية أو الاجهزة الميكانيكية أو المواد المتفجرة أو الأسلحة، أو نحو ذلك.

عناصر الحيازة:

للحيازة عنصران مادي ومعنوي: -

أ- العنصر المادي: هو السيطرة الفعلية بصورة مباشرة أو غير المباشرة على المال المحاز.

ب- قصد التملك، لأن الحيازة من خواص الملكية وصلاحيات المالك على المملوك، اضافة الى خواص وصلاحيات الاستعمال والاستغلال والتصرف.

الاركان الخاصة لجريمة حيازة المواد المغشوشة:

لهذه الجريمة ثلاثة أركان خاصة، بالاضافة الى أركانها العامة التي سبق بيانها في المبحث الاول من هذا الفصل، وهي: -

١- الركن المادي: وهو عبارة عن عملية حيازة الاغذية المغشوشة بالسيطرة المادية المباشرة أو غير المباشرة عليها.

٢- الركن المعنوي: وهو الغرض غير المشروع للحائز أي قصد تداول المال المحاز لغرض غير مشروع وانصراف نيته الى أن من حقه التصرف في المال المحاز تصرف المالك في مملوكه.

وجدير بالذكر أن الحيازة لا تستلزم قيام الملكية المشروعة، لأنها لازم عام للمال المملوك وغير المملوك، بطريقة مشروعة أو غير مشروعة، بصورة أصلية أو عرضية.

ومن الواضح أن تحقق اللازم العام لا يستلزم وجود ملزوم خاص، فهي قد تكون أصلية مشروعة كحيازة المالك لداره المملوكة، أو غير مشروعة كحيازة الغاصب للمال المغصوب والسارق للمال المسروق.

وقد تكون مستقرة هادئة كحيازة المالك لمملوكه، كما قد تكون غير مستقرة وغير دائمة كحيازة المستعير للمال المعار وحيازة المستاجر للعين المؤجرة.

٣- الركن الشرعي: وهو نص تجريم حيازة الاموال المغشوشة وتقرير وتحديد عقابها على أساس مبدأ (لا جريمة ولا عقوبة الا بنص).

تكييف جريمة حيازة المواد المغشوشة:

تُكيف هذه الجريمة بحيثيات متعددة منها ما يلي: -

أ- من حيث الهدف تُكيف بأنها جريمة عادية تُرتكب لاغراض شخصية، لأن نشاط الجاني الاجرامي متجرد عن كل عامل سياسي، سواء في موضوعها أو في بواعثها التي تدفع الجاني الى ارتكابها.

وأهمية التفرقة بين الجريمة العادية والجريمة السياسية تبرز في أنه لا يجوز تسليم المجرمين السياسيين من دولة الى دولة اخرى، بخلاف المجرم العادي، فيجوز تسليمه الى الدولة صاحبة السلطة في معاقبته، هذا في النطاق الدولي، أما في النطاق الداخلي، فالمفروض أن عقوبات المجرم السياسي أخف في الدول الديموقراطية رأشد في الدول المتخلفة الدكتاتورية حفاظا على سلطتها. وقد قيل قديما وحديثا (المجرم السياسي اليوم قد يكون هو الحاكم غداً).

ب- من حيث النطاق: تُكيف بأنها جريمة عامة لأن الطرف الذي يتأثر بها وتتضرر مصلحته هو المجتمع، لذا تخضع لتنظيم القانون العام في التجريم والعقاب والاحكام والآثار.

ج- من حيث الركن المادي، تُكيف بأنها جريمة ايجابية، لأن ركنها المادي فعل وحيازة الاموال المغشوشة من الاغذية أو الادوية أو الاجهزة الميكانيكية أو أية سلعة اخرى، بقصد تداولها بين المستهلكين لاغراض غير مشروعة.

د- من حيث عنصر الزمن، تُكيف بأنها جريمة مستمرة. لأن الحيازة بطبيعتها عملية مستمرة في الماضي والحاضر والمستقبل، وليست مؤقتة تنتهي بانتهاء وقت ارتكابها

كجريمة القتل، فهي جريمة وقتية من حيث ذاتها، ولكن اخفاء جثة القتيل جريمة مستمرة.

ضرورة تشريع قانون قمع التدليس والغش:

من الضروري أن يقوم المشرع في كل بلد بتشريع قانون جنائي لمكافحة وقمع الخداع والتدليس والغش، لأستئصال جذور ولسباب تداول المواد المغشوشة والفاسدة المضرة بالاقتصاد الوطني والصحة العامة. واستحداث أجهزة المراقبة لتقوم بتلك المهمة الوطنية في الحدود الدولية وتسديد الطرق البرية والبحرية والجوية بوجه كل من تُسول له نفسه بأن يكسب ربحا غير مشروع عن طريق استيراد أو حيازة أو تداول الاموال المغشوشة والفاسدة على حساب المصلحة الاقتصادية أو الصحية العامة.

وكذلك من الضروري استحداث نظام المراقبة على الاسواق وفحص المواد والسلع التي تُباع وتُشترى حماية للمصلحة العامة.

وهذا الجهاز كان موجودا في العصور الاسلامية الاولى وكان يسمى نظام (الحسبة)، ولنا أمل وطيد في إحياء هذا النظام المفيد والعمل بمقتضاه مجانا وحسبةً كما في السابق، أو مقابل مرتب يخصص لمن يقوم به ويُدفع من المالية العامة بصورة رسمية، لان المصلحة العامة اقتصادية كانت أم صحية، تُعد من مقدمة المصالح الضرورية للمجتمع والفرد في العصر الحديث، بعد أن أصبحت الحياة المادية معقدة ومليئة بالطرق الاحتيالية والخداع والغش نتيجة تطور العيش البشري.[1]

ربِّ زدني علماً والحقني بالصالحين

---

[1] لمزيد من التفصيل راجع د.ياسين رشيد الزيباري في كتابه وقائع من نظام الرقابة والحسبة دراسة مقارنة.